

和仏法律学校講義録

著者	山口 弘一
出版者	和佛法律學校
巻	3-5
ページ	1-197
発行年	1901-08-30
URL	http://hdl.handle.net/10114/5995

明治三十四年八月三十日發行

(第參部)

三十四年度乙種講習科用

和佛法律學校講義錄

第五號

國際私法

山口弘一



0006

A5e
25
C5

山口弘一講述

國際私法

和佛法律學校發行

0007

國際私法目次

緒言

第一編 總論

第一章	國際私法ノ定義及ヒ性質	一五
第二章	國際私法ノ名稱	一五
第三章	國際私法ノ沿革	一八
第四章	國際私法ニ關スル新說及ヒ其批評	三一
第五章	法例ト國際私法トノ關係	三六
第六章	國際私法ノ研究法	四二
第七章	國際私法ノ研究ト他ノ學科トノ關係	四三
第八章	國際私法ノ著述	四三
第九章	國際私法ノ著述	四五
第一節	總論	四五



174408

第二節 國籍ノ取得及ヒ喪失	九三
第一款 出生ニ因ル國籍ノ取得	九三
第一項 汎論	九三
第二項 嫡出子	九七
第三項 私生子	一〇〇
第四項 父母ノ分明ナラサル子	一〇二
第二款 生後ノ事實ニ因ル國籍ノ取得	一〇四
第一項 養子縁組	一〇四
第二項 歸化	一〇六
第三項 領地割讓	一三二
第四項 國籍ノ運獲	一三九
第三款 國籍ノ喪失	一四〇
第一項 總論	一四〇
第二項 移住	一四一

第三項 外國ノ任官	一四二
第四項 時效	一四四
第五項 婚姻	一四五
第六項 追放	一四七
第七項 開戦又ハ開戦ノ虞アル際歸國ノ命令ニ從ハサル者ノ國籍剝奪	一四八
第八項 兵役忌避	一四九
第九項 準嫡及ヒ認知	一四九
第十項 國籍ノ解除	一五一
第十一項 外國ノ勳章又ハ爵位ヲ受ケタルカ爲メニ國籍ヲ喪失スル例	一五二
第四款 國籍回復	一五七
第十章 外國人ノ地位	一六六
第十一章 住所	一七五

第十二章 國際私法上ニ於ケル外國法ノ性質

及ヒ其適用ノ範圍……………一九五

第十三章 反定法及ヒ轉定法……………二二九

第十四章 法律行為ノ方式……………二三九

第二編 各論……………二五七

第一章 人……………二五七

第一節 權利能力……………二五七

第一款 自然人ノ權利能力……………二五七

第二款 法人ノ權利能力……………二六二

第三款 權利能力ノ消滅……………二七〇

第二節 行為能力……………二七八

第二章 債權……………二九七

第一節 法律行為ニ因ル債權……………二九七

第二節 不法行為ニ因ル債權……………三〇一

第三節 債權讓渡ノ效力……………三〇八

第四節 隔地の法律行為……………三〇九

第三章 物權及ヒ準物權……………三二〇

第一節 物權……………三二〇

第二節 準物權……………三二八

第一款 著作權……………三二八

第二款 工業所有權……………三三七

第四章 親族……………三三六

第一節 婚姻豫約……………三三六

第二節 婚姻ノ成立……………三三七

第三節 婚姻ノ方式……………三三九

第四節 婚姻ノ效力……………三四〇

第一款 身體ニ對スル效力……………三四〇

第二款 財產ニ對スル效力……………三四二

第五節 離婚	三四五
第六節 親子關係	三四八
第一款 子ノ身體ニ對スル親權	三四八
第二款 子ノ財產ニ對スル親權	三四九
第七節 養子縁組	三五〇
第八節 嫡出子	三五二
第九節 私生子	三五四
第十節 扶養ノ義務	三五五
第十一節 親族關係ニ關スル準據法ノ補則	三五七
第十二節 後見	三五八
第五章 相続	三五九
第六章 商事關係	三六八

國際私法目次終

國際私法(涉外私法)

山口弘一講述

緒言

個人間ノ法律關係ハ交通ニ由テ發見スルモノナルカ故ニ交通ノ變替カ法律關係ニ影響ヲ及ホスハ固ヨリ其所ナリ左レハ世ノ進化ト共ニ交通ノ性質カ單純ヨリ複雜ニ移リ内國のヨリ外國のニ遷ルニ及ンテ法律關係ノ狀態亦一變セサルヲ得ス抑モ希臘羅馬ノ古ハ更ナリ國民ノ交通カ一國ノ疆域ニ局限セラレタル時代ニ於テハ交通上ヨリ起ル一切ノ法律關係ハ同一國法ノ管轄ニ屬スルカ故ニ(一)國ニ數多ノ法律カ並存スル場合ハ始ク措キ(國際私法ノ問題ヲ生スルニ由ナシト雖モ近世交通機關ノ發達ハ交通ノ面目ヲ一新シ昔時クレタ島ノ一市カ

「コーヅ」條約ヲ締結シ同盟國ハ二百ノ兵ヲ三十日間ニ送遣スヘシト盟ヒタル事ノ如キ好個ノ笑話ニ屬スル程ナリ左レハ國籍ヲ異ニスル男女カ結婚シ又ハ外國ニ於ケル不動産ヲ賣買交換シ同國人カ外國ニ於テ契約ヲ爲シ甲國ノ人民カ乙國ノ人民ニ對シテ不法行爲ヲ爲ス等ノ事情カ刻刻發見スルニ至ルハ固ヨリ其所ナリ凡ソ此等ノ法律關係ハ數國ノ法律ニ交渉關聯スルカ故ニ關係アル數國ノ法律中孰レノ管轄ニ屬スヘキモノナルヤノ問題ヲ生スヘシ例ヘハ英國人カ獨逸ニ於テ佛國人ヨリ購フタル商品ノ代價ノ請求ヲ日本ノ法廷ニ訴フル如キ場合若クハ日本人カ獨逸ニ於ケル不動産ヲ買取リタル場合ニ第三者カ抵當權ヲ佛國ノ法廷ニ於テ主張スル如キ場合ニ於テ法律關係ハ孰レモ皆數國ノ法律ニ跨ルモノニシテ當事者ノ本國法若クハ住所法ヲ以テ此種ノ法律關係ノ標準ト爲スヘキヤ抑モ又訴訟地法ヲ適用スヘキモノナルヤ或ハ亦他ノ國法ノ管轄ニ屬スヘキモノナルヤノ問題ヲ生スヘシ此問題ヲ説明スル原則ヲ稱シテ國際私法ト謂フ

國際私法ハ各國ニ於テ一般ニ行ハルル普通法ニ非ス各國ハ國際私法ノ事項

ニ就テハ同一ノ原則ヲ立テサルモノ多シ然ルニ一方ニ於テハ文明ノ進歩ト共ニ交通往來ノ途日ヲ追フテ開ケ涉外的法律關係即チ數國ノ法律ニ關聯スル法律關係日ニ倍增加スルカ故ニ各國ノ間ニ統一ノ原則ヲ立ツル必要ヲ生スルニ至レリ國際法協會ノ如キハ卒先シテ國際私法統一ノ事業ニ盡瘁シ會議ヲ開クコト數回各國ノ間ニ締結スヘキ條約ヲ審議セリ千八百八十年協會ハ「ワツクス」フアルツドニ會議ヲ開キ「マンチニ」アツセル三人ノ起草ニ係ル議案ニ就キ審議討論シタル後其議決書ヲ各國政府ニ頒與シ之ヲシテ立法ノ材料ニ供セシメンコトヲ期シタリ其後「マンチニ」カ伊太利政府ノ大臣ト爲ルヤ列國會議ヲ召集シ以テ國際私法ノ問題ヲ議定センコトヲ圖リ其旨ヲ各國ノ政府ニ勸告セリ而シテ各國ノ政府モ亦同意ヲ表セシカ其事竟ニ行ハレスシテ止ミタリ又千八百八十九年南米諸國ハ「モンテウ」井デニ於テ國際私法ニ關スル條約案ヲ協定セシモ遂ニ批准ヲ見ルニ至ラス

進化論者カ主張スル如ク萬國均一法ノ時期果シテ到達セハ國際私法ハ其時ヲ以テ消滅スヘシ何トナレハ國際私法ハ各國法律ノ不用ヲ前提トスレハナ

リ國際私法ノ統一ト各國法律ノ統一トハ混視セサルコトヲ要ス國際私法ノ統一ハ或ハ數年ノ後ニ庶幾スルコトヲ得ヘシト雖モ各國法律ノ統一ハ數千年ノ後ニ始メテ其ノ實行ヲ見ルコトヲ得ヘキカ

國際私法統一ノ時期未タ來ラスト雖モ今日ニ於テ斯法ノ研究ハ一日モ忽ニスヘカラサルナリ唯斯學ハ今日僅ニ法學界ノ一隅ニ割據スト雖モ異日法學界ノ樞位ヲ占ムル者安ソ國際私法學ニ非サルヲ知ランヤ況ヤ我國ニ於テハ内地開放ノ今日ニ於テ内外交渉ノ法律關係ハ多益增加スヘク隨テ之ヲ研究スルハ獨リ學者ノ責任ノミニ非サルナリ

「マイリ」ノ報告ニ依レハ獨逸ニ於テハ近年ニ至ルマテ大學ニ於テ國際私法ノ爲メニ獨立ノ講座ヲ設ケス奧太利ニ於テモ亦同一ナリシカ千八百十九年奧太利辯護士會ハ同國ノ大學ニ獨立ノ講座ヲ設ケ之ヲ義務的課目ト爲スコトヲ政府ニ建議センコトヲ議決セリ英吉利、北米合衆國、伊太利、佛蘭西、白耳義等ノ大學ニハ獨立ノ講座アリ就中佛蘭西、奧太利、佛蘭西、白耳義等ノ事件非常ニ多キカ故ニ斯學ノ研究ニ從事スル者多シ千八百八十九年

巴里大學ニ於テハ從來國際私法ノ課目ニ屬シタル國際刑法ヲ分岐シ獨立ノ學科ト爲シタリト云フ又白耳義政府ハ昨年來調査委員ヲ設ケテ國際私法ノ問題ヲ審議セシムト云フ

國際私法ト似テ非ナルモノアリ予ハ假ニ之ヲ準國際私法ト曰フ獨逸語ニテハ之ヲ「ダース・インタル」プロフ・フ・ンチアーレ・ブリフ・アトレヒト又ハ「ダース・インタル」カントナール・レ・ブリフ・アトレヒト曰フ國際私法ト此法則トノ差別ハ「ワエヒタル」已ニ之ヲ辯シタレトモ學者多クハ之ヲ混同セリ蓋シ準國際私法ハ一國內ニ數多ノ法律カ並存スル場合ニ起ルモノニシテ此法則ニ依リ適用セラルヘキ法律ハ孰レモ內國ノ法律ノミニシテ外國ノ法律ニ非ス隨テ外國ノ國籍ハ準國際私法ノ問題ヲ惹起スコトナシ然レトモ兩法ノ原則ハ類似スルカ故ニ準國際私法ノ原則ニ徴シテ國際私法ノ原理ヲ闡明スルコトヲ得ヘシ

第一編 總論

第一章 國際私法ノ定義及ヒ性質

國際私法 推論 國際私法ノ定義及ヒ性質

國際私法トハ人物若クハ行為ニ因リ外國ノ法律ニ關係アル法律關係涉外の法律關係ニ對シ内外法中孰レヲ適用スヘキヤノ問題ヲ定ムル國內法ヲ云フ

此定義ヲ分析スレハ左ノ如シ

第一國際私法ノ原因ハ涉外の法律關係ナリ

一國ノ法律ノミニ關係アル法律關係ハ勿論一國ノ法律ノミニ依リテ決定セラ
ルルカ故ニ國際私法ヲ生スルノ必要ナシ然ラハ如何ナル場合ニ涉外の法律關係ヲ發生スルヤト云フニ予ハ人ニ因ル涉外の法律關係物ニ因ル涉外の法律關係及ヒ行為ニ因ル涉外の法律關係ノ三種ニ分チテ説明セント欲ス人ニ因ル涉外の法律關係トハ例ヘハ外國ノ臣民カ我國ノ臣民ト契約ヲ爲シタルトキニ當事者ノ一方カ外國人ナルノ故ヲ以テ其本國ノ法律ニ關係スヘシ從テ此契約ヨリ生スル法律關係ハ人ノ爲メニ涉外のト爲リタルモノナリ物ニ因ル涉外の法律關係トハ例ヘハ外國ニ存在セル動產若クハ不動產ヲ賣買スル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テハ物件カ外國ニ存在スルノ故ヲ以テ其法律關係ハ一面ニ於テ外國ノ法律ニ關係スヘシ即チ物ニ因ル涉外の關係ト爲レリ行為ニ因ル涉外の

法律關係トハ例ヘハ日本人カ外國ニ於テ互ニ契約ヲ爲シタル場合ノ如キ其行為ハ內國ニ於テセスシテ外國ニ於テシタルカ爲メニ之ヨリ生スル關係ハ涉外のナリ

第二國際私法ハ間接法ナリ

法律ニ二種アリ一ハ權利ノ消長ヲ直接ニ規定スルモノ例ヘハ民法商法ノ如シ二ハ權利ノ消長ヲ間接ニ定ムルモノニシテ一切ノ訴訟法若クハ國際私法ノ如キ是ナリ蓋シ國際私法ハ權利カ如何ナル場合ニ發生シ消滅スルヤヲ直接ニ規定スルモノニ非スシテ之カ發生消滅ノ規定即チ直接法ヲ前提トシテ適用スルモノナリ故ニ國際私法ハ法律適用ノ法ト云フヘキナリ近來「ダイシー」及「チー」ルマン「フ」如キハ國際私法ハ裁判官ニ法律ノ適用ヲ指示スル規定ナリト謂ヘリ然レトモ法律ノ適用ハ裁判官ノ行為ニ因テ生スルニ非スシテ人民ノ行為ヲ爲スト同時ニ法律ノ適用ヲ受クルモノニシテ裁判官ハ此適用ノ原則ヲ定メタル國際私法ニ依リテ裁判スルニ過キスト信ス

第三國際私法ハ國法ナリ

歐洲大陸ノ諸國殊ニ佛伊獨等ノ國ニ於テハ國際法ヲ國際公法及ヒ國際私法ノ二

個ニ區別スルモノ頗ル多シ我國ニ於テモ從來國際私法ヲ研究セシ學者ハ多ク佛學派ニ屬シ殊ニ舊法例ノ如キハ佛學者ノ手ニ成リタル程ナレハ國際私法ノ性質ニ付キ意見ヲ公ニセシモノハ概ネ國際私法ヲ以テ國際法ナリト斷定セリ唯此等ノ學者カ國際法タル國際私法ト法例トノ關係ニ付テハ詳説シタル者アルヲ聞カス獨リ英米ニ於テハ國際私法ヲ以テ國法ト斷定スル學者多キニ居レリ獨逸ニ於テハ碩學パール「カローリメル」ノ國際私法ハ國法ナリトノ論ヲ嚴聲セシヨリ以來非國法論者益々多キヲ加フルニ至レリ唯近來チーテルマン「ハ之ヲ國法ナリト斷定シタリ今國際私法カ國法ナルヤ否ヤノ說ヲ明ニセントセハ先ツ國際法論者ノ說ヲ舉ケテ觀察スルコトヲ要ス

抑モ國際法論者ノ理由トスル所ハ一ニシテ足ラスト雖モ此論者中最モ論據ノ堅確ナルモノノ說ヲ見ルニ曰ク國際公法ハ國家間ノ關係ヲ直接ニ規定スルモノニシテ國際私法ハ個人間ノ法律關係ニ對スル各國法律ノ衝突ヲ整理シ以テ間接ニ國家間ノ關係ヲ規定スルモノナリト此說ニ依レハ國際私法ハ法律ノ衝突ヲ整理スルモノナレトモ是レ主權ノ法理ヲ辨セサルノ論ナリ何トナレハ國

家ノ主權カ境土内ニ行ハレテ其以外ニ及ハサルハ國家ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス果シテ然ラハ主權ノ作用タル法律ニシテ國境外ニ效力ヲ及ホスヘキ理由ナク是ニ於テカ法律ノ衝突ナルモノ之レアルヘキ理由ナシ蓋シ二物同時ニ同一ノ場所ヲ充サントスルトキニ衝突起ル故ニ果シテ法律ノ衝突ナルモノ之レアルニ於テハ主權ノ區域何レニアルヤ即チ國際法論ノ服スヘカラル所以ナリ國際私法ヲ以テ各國立法權ノ區域ヲ定ムル規定ナリト爲ス說モ同一ノ理由ヲ以テ廢スルコトヲ得ヘシ

更ニ國際法論ノ誤謬ヲ謂ハシニ國際私法カ果シテ國際法ナルニ於テハ其規定ハ必ス統一のニシテ各國ハ其管轄ヲ受ケサルヘカラス從テ國家カ國際私法ニ違反シタル行爲アルニ於テハ國際法違反ノ罪ニ問ハルヘキハ素ヨリ其所ナリトス蓋シ舊法例ヲ制定シタル後幾何モナクシテ之ヲ變更シタル新法例更ニ制定セラレ而シテ此二者ハ互ニ其主義ヲ異ニセリ故ニ此二法例中何レカ國際私法ニ違反セサルヘカラス然ルニ實際國際法團體ニ籍ヲ置ク外國カ其權利ヲ侵害セラレタルノ故ヲ以テ我國ノ罪ヲ問ハサルハ抑モ何ソヤ又英米ノ如キハ能

力ニ關スル原則トシテ住所主義ヲ採リ以テ歐洲大陸ニ行ハルル本國法主義ニ對峙セリ其他個個ノ點ニ付キテ觀察スレハ各國カ國際私法ノ原則トシテ立テタル所ノモノハ互ニ衝突スル點甚タ多シ然レトモ未タ皆テ國際法違反ノ爲メニ救済ノ請求ヲ爲シタルモノアルヲ聞カス近來世人ヲ驚セタル「モンテビデ」條約案ノ如キハ國際私法ハ國際法ニ非サルコトヲ證明スルニ餘リアリ何トナレハ該條約案ヲ協定シタル所以ハ各國法律ノ異同ヨリ生スル弊害ヲ斷タントスル目的ニ出テタレハナリ若シ國際私法ニシテ果シテ學者ノ謂フカ如ク明確ナル國際法ナルニ於テハ何ソ條約ヲ締結スル必要アラン或ハ曰ハン曖昧ナル國際法ノ原則ヲ確定スルカ爲メニモ往往條約ヲ締結スルコトアリ「モンテビデ」條約案ヲ協定シタル理由モ亦此ニ存スルナラン然レトモ之ヲ協定シタル理由ハ同時ニ商法ノ原則ヲ協定セシ事實ニ徴スルモ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ「モンテビデ」條約案ハ商法ノ原則ヲ規定セシモ之カ爲メニ各國商法ノ國法タルコトヲ否定スルコト能ハス

國際私法カ國際法ニアラストセハ國際私法ヘ一ノ空論ニ過キサル乎予輩ハ決

シテ其然ラサルコトヲ信ス何トナレハ國際私法ノ原則ノ異同ハ姑ク措キ何レノ國ニ於テモ國家ノ機關タル裁判所ハ之ヲ準據トシテ適用スレハナリ果シテ然ラハ國際私法カ一ノ規定トシテ存在スルコトハ疑フヘカラス既ニ國際法ニ非ス又空論ニ非ス一ノ規則ナリトセハ主權者ハ法理ニ適合スルト否トハ姑ク措キ自由ニ其原則ヲ確定スルコトヲ得ルモノニシテ國際法團體ノ承認ヲ要セサルモノトス

第四國際私法ハ公法ニ非スシテ私法ナリ

國際私法ヲ以テ國法ナリト斷定スル學者ノ中ニ於テモ國際私法カ公法ナリヤ將タ私法ナリヤニ付テハ議論一定セス蓋シ公法私法ノ區別ニ付テ學說一定セサル今日ニ於テ此議論ヲ見ルハ素ヨリ其所ナリトス既ニ公法私法ノ區別ニ付キ一ノ定説ナシトセハ予輩カ國際私法ヲ私法ナリト斷定スル理由ヲ説明スル必要アリ左レハ簡短ニ公私法ノ區別ニ關スル學說ノ一斑ヲ左ニ示スヘシ「ウルピヤン」以來羅馬法ノ研究者カ主トシテ主張セタル公私ノ利益說ハ今日獨逸ニ於テモ民法論者中往往之ヲ唱フル者アレトモ公法學者ノ研究ニ依リテ全

其勢力ヲ打破セラレタリ蓋シ公益ハ私益ノ累積ニ過キスシテ其内容ヲ異ニスルモノニアラス公共ノ利益ヲ保護スルハ私人ノ利益ヲ保護スル所以ナリ殊ニ身體財産ノ保護ニ關スル刑法ノ規定ノ如キ一面ニ於テ私人ノ利益タル身體財産ヲ保護スルト云フコトヲ得ルモ一面ニ於テハ社會公共ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ此罰條ヲ設ケタリト云フコトヲ得ヘシ公益私利益說ノ根底ナキコト此例ヲ見テ知ルヘシ又「ゾーム」物ニ對スル關係ノ規定ヲ以テ私法ト爲シ人ニ對スル關係ノ規定ヲ以テ公法ナリト爲スノ說ハ一生面ヲ開キタルカ如キモ人ニ對セサル權利ナシトハ英國ノ學者カ風ニ道破シタル所ニシテ獨逸學者カ今日猶ホ陳套ヲ脱セサルハ却テ怪シムヘシ即チ「ゾーム」ノ說ヲ推論スレハ何レノ法律モ皆公法ナリト斷定セサルヘカラス

次ニ權力說ニ付テ一言センニ權力說ヲ唱フルモノハ平等ノ關係ヲ規定スルモノハ私法ニシテ不平等ノ關係即チ權力關係ヲ規定スルモノハ公法ナリト謂ヘリ然レトモ元來權利ニ對スル權利ナルモノアルヘキ理ナク權利ノ裏面ニハ必ス不平等ノ關係ヲ包含セサルハナシ例ヘハ債權ノ原因タル契約ニ付テ言ハシ

ニ債權發生前即チ契約締結前ニハ全ク平等關係行ハレ債權債務ノ關係ナシト雖モ一旦債權ノ發生スルニ及ヒテハ債務者ハ債權者ノ意思ノ力ニ屈從セサルヘカラス果シテ然ラハ不平等論者カ所謂公權ト私權トノ間ニ性質上果シテ如何ナル差異アルヤ蓋シ平等關係ヲ有スレハコン契約ヲ締結シテ債務者ノ意思ヲ屈從スル必要アルナレ即チ契約ハ平等關係ヲ變シテ不平等關係ト爲スモノナリ一例ヲ舉ケンニ雇傭契約ノ如キ他人ニ對シテ勢力ヲ命スルコト能ハサルハ契約成立前ニ於ケル各個人間ノ狀態ナリト是ニ於テカ雇傭契約ヲ締結シテ法律ノ力ニ依リ他人ノ意思ヲ屈從スルニ至ル此等ノ點ヲ觀察スレハ國家ノ法上地位ヲ規定スルモノハ公法ニシテ個人ノ法上地位ヲ規定スルモノハ私法ナリト斷定スルコトヲ得ヘシ而シテ今國際私法ハ私法ノ適用ヲ定ムル規定ナルカ故ニ個人ノ法上ノ地位即チ如何ナル場合ニ於テ權利ヲ取得シ移轉シ喪失シ如何ナル場合ニ親族ニ對スル法上ノ地位ヲ取得シ喪失スルヤ等ノ問題ヲ間接ニ規定スルモノナリ彼ノ訴訟法ノ如キハ私法ノ運用ヲ定ムルモノニシテ間接ニ個人ノ法上地位ヲ規定スルカ如キモ其實否ラス單ニ國家機關ノ機能ヲ定ム

ルモノナルカ故ニ國際私法ト全ク趣ヲ異ニス即チ訴訟法ト國際私法トノ差異ヲ舉クレハ私法ヲ適用スル點ニ於テハ同一ナレトモ國際私法ハ現實的ノ涉外的法律關係ニ抽象的ノ規則ヲ適用スルヲ教ユルモノトス

參考ノ爲メニ左ニ諸學者ノ定義ヲ示スヘシ

「ウエーastrekey」曰ク私ノ國際法トハ何國ノ法廷ニ訴ヲ提起シ何國ノ法律ニ依リテ之ヲ裁判スヘキヤノ疑問ヲ解釋スル私法學ノ一部分ナリト國際私法ヲ以テ裁判管轄ヲ定ムル規定ナリトスルハ歐洲大陸ノ學者モ之ヲ唱フル所ナレトモ裁判管轄ヲ定ムルハ國家機關ノ地位ヲ定ムルモノナルカ故ニ公法ノ範圍ニ屬スヘシ從テ國際私法ノ定義中ニ之ヲ入ルル必要ヲ見ス予ハ別ニ國際訴訟法ナル題目ノ下ニ之ヲ説明セント欲ス

「ボルトン」曰ク私ノ國際法トハ外國ノ法律ニ多少從屬スル事件ヲ規定スル國法ノ一部分ナリト事件ヲ規定スルノ語ハ廣汎ニ失スルノ憾アリ事口法律ノ適用法タル性質ヲ明言スルノ勝レルニ如カス蓋シ定義ハ可成性質ヲ描出スルコトヲ要スレバナリ

「アイマン」曰ク國際私法トハ各國法律衝突ノ場合ヲ判定スル規則ノ總稱ナリト法律ノ衝突ナル語ハ全ク失當ナルコトハ既ニ説明セシ所ナルカ故ニ爰ニ詳論セス

「マルテンス」曰ク國際私法トハ當事者ノ國際法的法律關係ニ內國ノ成文法又ハ不文法ヲ適用スヘキヤ又ハ外國ノ成文法若クハ不文法ヲ適用スヘキヤノ件ヲ規定スル法律ノ總稱ナリト然レトモ國際的法律關係トハ果シテ如何ナル者ナルヤ定義ノミニテハ明ナラス且ツ氏ハ國際法ヲ法律ト爲ス論者ノ一人ナルカ故ニ此ニ所謂法律トハ國內法ノ謂ナルヤ明ナラス

「パー」曰ク國際私法トハ私的法律關係ニ關スル各國ノ規則及ヒ行爲ノ管轄ヲ定ムルモノヲ云フ

第二章 國際私法ノ名稱

國際私法ナル名稱ハ「ボルタリス」カ始メテ唱ヘタルモノニシテ今日最も廣ク行ハルルモノナリ然レトモ國際私法ノ性質ニ付キ學者カ見解ヲ異ニスルニ從ヒ

種種ノ名稱ヲ選用セリ左ニ其一斑ヲ示スヘシ

第一、法律ノ衝突 此名稱ハ英米ノ學者カ好シテ用フル所ニシテ歐洲大陸殊ニ佛國ニ於テモ今日猶ホ之ヲ用フルモノアリ然レトモ此名稱ノ不當ナルコトハ前ニ説明シタル如ク法律ノ衝突ナルコト在リ得ヘキ理ナキニ因ル或ハ便宜上假ニ法律ノ衝突アリトスルモ國際私法ハ法律其モノノ衝突ニ非スシテ衝突ヲ救済スル一ノ方法ニ過キス

第二、對等の法律ノ關係 此語ハ獨逸學者「アイヒホルン」(A. H. H. von)等ノ用フル所ナリ「パール」之ヲ駁シテ曰ク著者ノ如ク實體法ノミヲ論スル其題目ニ之ヲ選フハ或ハ可ナラント雖モ國際私法ハ外國判決ノ執行ニ關スル規定ノ如キ形式法ヲ包含スルカ故ニ不當ナリト瑞西ノ「ムハイム」モ亦同趣意ノ駁論ヲ爲セリ抑モ法律ハ實體法ノミニ限ルモノニ非サルカ故ニ二者ノ駁論ハ全ク價值ナシト雖モ對等の法律トハ頗ル曖昧ノ文字ナリ

第三、法律ノ地の效力區域 「パール」之ヲ駁シテ或規定ハ人ニ附隨スルカ故ニ一定ノ地ニ制限セラルルモノニ非スト云ヘリ然レトモ法律ノ效力カ國境ヲ超エ

サル道理ヲ曉ラハ國際私法カ故ラニ法律ノ效力區域ニ付キ不必要ノ規定ヲ設クル所以ナシ故ニ此名稱ハ不當ナリ然レトモ「パール」ノ駁論モ亦不當ナリ何トナレハ「パール」ハ能力ニ關スル規定ノ如キヲ想像スレトモ能力ハ本國法ニ從フトノ規定ハ外國人ノ本國法タル外國法カ當然國內ニ效力ヲ及ホスモノニ非ス我法律カ之ヲ承認シタルトキ內國法ニ同化シタルモノナリ尙ホ外國法カ事實ナリヤノ問題ハ後ニ述フヘシ

第四、地外私法 「ホルラント」ノ選ヒタル所ニシテ英國ニ於テ此名稱ヲ贊成スル者尠カラスト雖モ前ニ屢々説明セシ如ク法律ハ其效力ヲ國境外ニ及ホササルモノナルカ故ニ國際私法ニ由リ特ニ此事ヲ規定スルノ必要ナシ然ラハ國際私法カ法律ノ效力ヲ國外ニ及ホスコトヲ定メタル規定ニ非サルコトヲ知ルヘシ地外私法ノ名稱ハ是ニ於テ不當ナルコト明ナリ

第五、私ノ國際法 「ローラン」(L. de)モナコ等カ選ミタル名稱ニシテ二氏ノ見解ニ依レハ國際法ニハ公私ノ二法アリ隨テ世人カ所謂國際私法ノ性質ヲ表示スルニ其國際法タルコトヲ明カニスル名稱ヲ附セサルヘカラスト然レトモ前述セ

如ク國際私法カ果シテ國際法ニ非ストセハ私ノ國際法ナル名稱ノ當ヲ得サルモ亦明カナリ

第六禮讓「フヒーベル」「フヒリモール」等ノ名ケタル所ナリ然レトモ國際私法ハ國家相互ノ禮讓ヲ規定スルモノニ非ス換言スレハ外國法ヲ適用スルハ交誼上ノ理由ニ出ツルニ非スシテ更ニ法理上ノ必要ニ出ツルモノトス從テ此名稱カ學者ノ贊成ヲ得サルモ固ヨリ其所ナリトス

以上ノ名稱皆當ラストセハ余輩ハ涉外私法ナル文字ヲ以テ妥當ナリト信ス

第三章 國際私法ノ沿革

「フローラン」フ法律性格論ヲ繕ク者ハ冀クハ其言ニ惑ハサル勿レ其言ニ曰ク此問題ヲ汎ク論スルモノハ佛國ニ於テハ余ヲ以テ嚆矢トス伊太利ノ法學者中已ニ此事ニ着手セシ者アリト雖モ纔ニ端緒ヲ開キタルノミト蓋シ孟浪ノ語ナリ

「バルトルス」「バルツス」「ヘルチウス」「ローデングル」及ヒ前世紀ノ佛國法學者ハ羅

馬法ヲ以テ國際私法ノ起源ト爲セトモ全ク謬論ナリ其憑據トスル「ユスチニア」法典中ノ語ハ國際私法ノ問題ト相渉ラサルコトハ今日既ニ定論アリ蓋シ古代ノ人民カ外國人ヲ夷狄ト稱シ又ハ讐敵ト看倣シ之ト齒スルヲ恥チシハ獨リ東洋ノ風習ノミナラス歐洲ニ於テモ亦然リトス左レハ健全ナル法律思想ヲ有スルハ羅馬人ノ特性ナリトマテ稱セラレタル羅馬人ノ法律中ニ此原則ヲ發見セサルハ怪シムニ足ラサルナリ何トナレハ國際私法ハ私權ニ付キ内外人ヲ區別セサル觀念ヲ基礎トシテ發達スルモノナレハナリ羅馬人ノ語ニ曰ク外國ノ神外國ノ政府及ヒ外國ノ法律カ羅馬ニ於ケル外國人ヲ支配スルハ猶ホ羅馬ノ神羅馬ノ政府及ヒ羅馬ノ法律カ羅馬人ヲ支配スルカ如シト羅馬法ハ此ノ如ク外國人ヲ權利ノ主體ト認メサリシヲ以テ羅馬人ト法律上ノ取引ヲ爲サント欲スル外國人ハ特別ノ保護ヲ享ケサルヘカラス此保護ヲ「アミチチア」又ハ「フエヰー」スト云フ即チ親友若クハ同盟者ノ義ナリ此保護ヲ得タル外國人ハ羅馬人ト一定ノ取引ヲ爲シ又ハ羅馬人ヲ被告トシテ法廷ニ訴フルコトヲ得タリ此法廷ヲ名ケテ「レクベラトル」ト曰フ

其後羅馬人ト外國人トノ取引益盛ナルニ及ヒ「アミチチア」又ハ「フエヅ」スヲ保護ノミニテハ到底十分ノ效能ナキヲ以テ遂ニ「ユスゲンチウム」ナル法ヲ生スルニ至レリ蓋シ「ユスゲンチウム」トハ羅馬法律家ノ命名セシモノニシテ其性質ニ付テハ今日ニ至ルモ尙ホ定説ナシト雖モ「プアー」派ノ徒カ信スル如ク國際私法ト同一ノモノニ非サルハ明カナリ但シ「デーム」ハ之ヲ以テ羅馬民法ノ一部分ト爲セリ千八百八十四年「ゴルチン」ノ法律ヲ發掘セシヨリ希臘法典カ「ユスゲンチウム」ニ及ホシタル影響ヲ説ク者アリ「パピロン」カ「ルセーデ」埃及法ノ影響ヲ論スル者アリ其說ノ當否ハ姑ク措キ「ユスゲンチウム」ハ羅馬人ト外國人トノ關係及ヒ外國人間ノ關係ヲ規定シタルモノニシテ國際私法ニ「ユスゲンチウム」名稱ヲ充當スルハ大ナル誤ナリ而シテ「カラカラ」カ羅馬國內ノ自由民ニ羅馬市民ノ權利ヲ一般ニ與ヘシニ及ヒ權利同等ノ觀念ハ漸ク行ハレシト雖モ民種ノ異同ニ依リ法律ノ管轄ヲ異ニセリ後世行ハレタル屬人主義ハ蓋シ此ニ胚胎セシナラン

日耳曼人カ羅馬ヲ侵略スルニ及ヒ外國人ニ對スル觀念ハ大ニ羅馬人ト異ナレ

リ蓋シ日耳曼人ハ羅馬人ノ如ク市府內ニ閉居セサルヲ以テ外國人トノ取引及ビ實際ハ自ラ頻繁ナラサルヲ得ス隨テ外國人ヲ絶對的ニ無權者ト認ムル必要ヲ見サリシナリ然レトモ私權ニ付テハ未タ内外人同等ノ原則ヲ確立スルニ至ラサリキ

後世「フランケン」國ニ所謂屬人主義ナル者起レリ此主義ニ依レハ人ハ孰レモ本國法ノ統治ヲ受クルモノニシテ「ザクセン」人ハ「ザクセン」ノ法律ニ依リ「アレマン」人ハ「アレマン」ノ法律ニ依ル而シテ寺院ハ羅馬法ニ從フ但シ僧侶ハ其本國法ニ從フ此等ノ原則ハ當事者ノ意思ヲ以テ變更スル能ハサルモノナリ然ルニ本國ヲ異ニセル人ノ間ニ爭訟ヲ啓キタルトキハ裁判官ハ當事者ニ向テ孰レノ國法ニ從テ裁判セラレンコトヲ望ムヤヲ訊問シ其答辯「professioes juris」ニ據リ裁判ヲ爲セリ

封建ノ制起ルニ及テ人民ヲ以テ土地ノ附屬物ト爲ス觀念生シ當時ノ法典「ザクセンスビーケル」「シユワーペンスビーゲル」等ハ此觀念ノ明證ナリ一方ニ於テハ之カ爲メニ各民族間ノ交通ヲ阻止シ且ツ法廷ハ舊時ノ如ク各民族ノ法律ヲ知

ルノ便ヲ得サリシヲ以テ遂ニ一國內ニ在ルモノハ人物トヲ問ハス凡テ國法ニ依ル原則ヲ生セリ所謂屬地主義是ナリ但シ封建ノ世ニ至リテモ屬地主義ハ「トリエン」ト「イストリエン」等ニ暫ク行ハレタリト云フ

屬地主義ノ盛ナル時代ニ外國法ノ適用ヲ望ムモノハ先ツ外國ノ國籍ニ入ラサルヘカラス然ルニ屬地主義ノ行ハルルヤ他國ノ領地ニ數年居住スル者ハ此一事ヲ以テ其領主ノ臣民ト爲レリ所謂空氣カ人ヲ所有ト爲ストハ之ヲ謂フナリ

當時ノ慣習及ヒ法律ハ凡テ土地ヲ標準ト爲シタルモノニシテ後見ノ制モ相續ノ法モ皆土地ヲ主眼トセサルナシ是ニ於テカ土地ノ所有者ハ國王ニ對シテ特別ニ服從ノ宣誓ヲ爲ス風習ヲ生シタリ此ノ如ク土地ト領主ノ權利トハ密着ノ關係アリシカ故ニ當時數國ノ制度ニ依レハ外國人ハ土地ニ對フル物權ヲ取得スル能ハサリキ又外國人ハ内地ノ破産法ニ從ハサルヘカラス又外國人ノ遺産ハ凡テ領主ノ所有ニ歸シタリ

屬地主義ノ要旨ハ人民ハ土地ノ附屬物ニシテ一切ノ法律義務ハ皆土地ニ繫ル

葡シテ一國ノ君主ハ土地ニ對シテ原基所有權 (Overseignum) ヲ有スルカ故ニ苟モ其土ニ住スルモノハ國籍ノ如何ヲ問ハス住所ノ法律ニ從ハサルヘカラスト云フニ在リ此說移リテ遂ニ後世英米ノ間ニ行ハルル屬地主義ト爲レリ此時ニ方リ伊太利ニ於テ所謂法則說ナルモノ起レリ十二世紀以後伊太利ニ於テ數多ノ小邦樹立セシカ其間ノ交通往復ハ端ナクモ涉外ノ法律關係ノ發生ヲ促シ當時既ニ法則ノ衝突ナル語ヲ生スルニ至レリ是ニ於テ羅馬法ノ研究ニ熱心ナル學者ハ「ボロニア」大學ヲ中心トシテ涉外ノ法律ノ標準ヲ羅馬法ニ求メントセリ世人カ「ボストグラツサトーレン」ト名クル學派ハ即チ是ナリ中ニ就キ「バルトルス」最モ著ハル「バルトルス」以前已ニ「チヌス」「ヤコッブス」「アレナ」ニベクトラートル等アリト雖モ「バルトルス」ノ如ク精深ノ思想ヲ以テ國際私法ノ研究ニ從事セシ者當時其比ヲ見ス世人カ氏ヲ以テ國際私法學說ノ鼻祖ト爲スモノ所以ナキニ非サルナリ

法則學派ノ說ニ曰ク法律關係ハ三個ノ要素ヨリ成立スルモノナリ三個ノ要素トハ法律關係ノ主體人法律關係ノ目的物及ヒ法律關係ヲ發生セシメ若クハ證明ス

ル行爲是ナリ而シテ此三者ハ各其法則ヲ異ニスルモノニシテ人ニ關スル法律關係ハ住所ノ法則ニ依ル所謂人法是ナリ (Statue personae) 不動産ハ其所在地ノ法則ニ依ル所謂物法是ナリ (Statue realia) 但シ動産ニ就テハ動産ハ人ニ從フノ原則 (mobilia personam sequuntur) ニ依リ住所法ニ依ル蓋シ動産ニ付テ此ノ如キ原則ヲ立テタルハ動産ハ常ニ其位置ヲ變スルモノナルカ故ニ若シ所在地法ニ依ルトキハ各所ニ散在スル動産ハ種種ノ法則ニ從ハサルヘカラス果シテ然ラハ相續等ノ場合ニ多ク不都合ヲ生スヘシト云フニ在リ但シ人法物法等ノ名稱ハ法則學派ノ運用シタルモノニ非スシテ後世「モリナエウス」(アルゲントラウス)等ノ始メテ唱ヘシ所ナリ

法則說ノ弱點ハ人法物法ノ區別カ不明ナルニ在リ例ヘハ不動産ノ讓與ニ付キ當事者間ニ爭訟ヲ生シタル場合ニ於テ不動産所在地法ニ依レハ讓渡人ハ行爲能力ヲ欠クモ其本國法ニ依レハ契約ヲ爲ス能力アリトセハ果シテ孰レノ法律ニ從テ此爭訟ヲ判決スヘキヤ蓋シ此訴件タルヤ一面ニ於テハ人ノ能力ニ關スレトモ一面ニ於テハ不動産ニ關スレハナリ即チ不動産所在地法ニ依レハ讓渡

人ハ契約ヲ取消スヲ得ルモ本國法ニ依レハ取消スニトヲ得サルナリ是レ畢竟人法物法ノ經界カ明カナラサルヨリ生スル結果ナリトス是ニ於テカ此說ヲ唱フルモノハ遂ニ「バルトルス」ノ如キ強辯ニ陷ラサルヲ得ス「バルトルス」曰ク法律ニ「*Primogenitus succedat* (長子ハ相續スヘシ)ト云フ明文アルトキト *Timobilia ventis* (不動産ハ長子ニ歸スヘシ)ノ規定アルトキハ其結果ヲ異ニスヘシ前ノ規定ハ人法ニシテ後ノ規定ハ物法ナリト是レ文章ノ主格ノ位置ニ由テ解釋ヲ異ニスルモノナリ

法則說ハ此ノ如キ弱點アルニ拘ラス一方ニ於テハ又沒スヘカラサル功績アリ即チ國際私法ノ發達ヲ促進シタルコト場所ハ行爲ヲ支配スト云ヘル原則ヲ「タルコト」等ハ最モ功績ノ顯著ナルモノナリ而シテ法典ニ於テハ「バイエルン」ムキシミアン法典千七百五十六年「バイエルン」裁判所判例普魯西普通國法佛蘭西民法奧太利民法千八百十一年等ハ法則說ニ依據セリ

「バルトルス」カ代表シタル伊太利ノ法則說ハ「バルツス」(サリセー)「バウルス」(ドカストロ)「アレキサンデル」(タルタニユ)等ヲ經テ佛蘭西ニ移レリ當時佛蘭西ニ二大

學者アリ「カロールス、モリナウス」(巴里ノ狀師)及ヒ「ベルタンズス、アルゲントラウス」(ブルタニユ)ノ法律家即チ是ナリ「モリナウス」ハ羅馬法ハ普通法ニ非ス佛國ノ慣習モ亦管人法ニシテ國境外ニ行ハルコト竝ニ當事者ノ意思ヲ以テ法則ノ適用ヲ左右シ得ヘキコト等ヲ主張セリ

「アルゲントラウス」ノ説ニ依レハ不動産ニ關スル法律關係ハ物法ニ依リ人ニ關スル法律關係ハ人法ニ依リ行爲能力ノ問題ハ行爲地法混合法ニ依ル而シテ動産ハ所有者ノ住所法ニ依ル

此二人ニ由リテ隆盛ヲ極メタル佛國ノ法學モ其凋謝ト共ニ衰頹セリ(千六百年)而シテ此二人者ノ佛國ノ法學者ニ及ホシタル影響ニ至テハ「アルゲントラウス」ハ「モリナウス」ニ及ハス而シテ「アルゲントラウス」ノ説ハ却テ和蘭ニ於テ知己ヲ得タリ「ブルクンズス」「ローデンブルヒ」「ブラエ」等ハ其顯著ナル者ナリ「ブルクンズス」千五百八十六年乃至千六百四十九年ハ債務ニ關スル法律關係ヲ人法ノ管轄ニ歸シ物法ヲ以テ物上訴權ヲ附與スル法則ト爲シ混合法ヲ以テ物上對人ノ二訴權ヲ附與スル者トセリ而シテ不動産ニ對スル物件ニ付テハ物件ノ所在地

法ニ依リテ決定スト雖モ不動産ニ關スル債務問題ハ人ノ住所法ニ依リテ決定セラル但シ人トハ何人ヲ指稱スルヤ明ナラス

「ローデンブルヒ」(千六百十八年乃至千六百六十八年)ハ人法ヲ解ツテ人ノ固有ノ性質ヲ定ムル法則ト爲シ混合法ヲ解スルコト「ブルクンズス」ニ同シト雖モ其ノ適用ハ全ク彼ニ異ナリ而シテ「ローデンブルヒ」ハ主トシテ行爲能力相續夫婦財產等ノ事項ヲ精密ニ研究スレトモ債權ヲ説明スルコト不完全ナリ但シ夫婦財產ノ研究ニ就テハ「ブルクンズス」ヲ祖述シテ更ニ一步ヲ進メタルモノナリ

「ブラエ」(千六百十九年乃至千六百七十七年)ハ主權獨立ノ説ヲ前提トシテ人法物法混合法ヲ説明セリ以爲ラク人法ト雖モ外國ニ居留スル臣民ヲ羈束スルコト能ハス唯行爲能力ノ規定ハ此限ニアラスト「ブラエ」ノ説ハ晦澁ナリ説ヲ論證ノ立タサル處ニ至レハ忽チ人情及ヒ禮讓ノ二説ヲ以テ其説明ニ充ツ

「ブラエ」ノ主權説ヲ更ニ數歩進メタルモノアリ「ユーベル」(千六百三十四年乃至千六百九十四年)是ナリ

「ユーベル」ノ説ニ曰ク凡ソ法律ハ國境ヲ踰エス國境內ノ人ハ内外人ヲ問ハス悉

ク之ヲ遵奉セサルヘカラス但シ國家元首ノ主權ト人民ノ權利ヲ害セサル限リハ禮讓ニ由リ外國ノ法律ヲ適用スルヲ妨ケス此場合ニ於テハ法律行為ノ效力ハ行為地法ニ依リ人ノ性質ハ住所法ニ依リ不動産ニ關スル法律關係ハ物件ノ所在地法ニ依ルト「ユーベル」說ニ依レハ契約ト雖モ不動産ニ關スルトキハ不動産ノ所在地ニ依ルナリ「ユーベル」說ハ廣汎ニ失ス

和蘭ノ學說獨逸ニ移リ「メイウ井ウス」千六百七十年死「ラウテルバツ」千六百十八年乃至千六百七十八年「ヘルチウス」千六百五十二年乃至千七百十一年等ハ孰レモ之ヲ祖述セリ然ルニ十八世紀ニ至リ佛國ニ於テアルダントラウス「及ヒ和蘭學派」ニ心ヲ傾クルモノ漸ク多キヲ加ヘ中ニ就キ「ブーイエ」ブルノア「最モ善ク顯ハル余輩」之ヲ佛國復古學派ト名ク

「ブーイエ」千六百七十三年乃至千七百四十六年ハ外國ノ法律ヲ適用スルハ國家ノ好意及ヒ相互利益ニ出ツルト爲シ左ノ原則ヲ立テタリ

一 無形ニシテ且ツ不可分ナル權利此語頗ル奇ナリニ關スル法則ハ人法ナリ
反言スレハ國境外ニ行ハル

二 當事者ノ承諾ニ基ク法則ハ人法ナリ故ニ國境外ニ行ハル

三 公ノ理由ニ依リ或事ヲ禁止スル法則ハ人法ナリ故ニ國境外ニ行ハル

四 行為ノ方式ニ關スル法則ハ人法ナリ故ニ國境外ニ行ハル

「ブーイエ」右ノ外ノ法則ヲ以テ國境外ニ行ハレサル法則ト爲セリ

「ブーエル」ノア「千六百八十年乃至千七百六十二年」ハ「ローデンプル」ヒ「祖述スル」者ナルカ故ニ其意見ハ大體ニ於テ「ローデンプル」ヒニ異ナルコトナシト雖モ法律ノ文面ニ固着セスシテ立法ノ理由ヲ參酌スルノ一點ハ「ローデンプル」ヒニ勝ル所アリ

以上ノ諸說ハ孰レモ皆法則說ノ系統ニ屬スルモノナリ同一ノ法則學派ニシテ其見解ノ相異ナル此ノ如シ亦以テ人法物法混合法ノ區別カ完全ノ者ニ非サルコトヲ明ニスルニ足ル法則說ハ此ノ如ク誤謬アルカ故ニ其勢力次第ニ消沈セリ然ルニ本世紀ノ首ニ於テ「チバウト」及ヒ「キールフ」ノ二氏カ此說ヲ辯護セシ「稍ヤ掉尾ノ勢ヲ呈セタリ」「チバウト」ノ立テタル原則三アリ左ノ如シ

一 諸般ノ法律關係ハ臣民カ被告ト爲ルヘキ法廷ノ法律人法ニ依ル外國ニ於

テ訴ヘラルルトキト雖モ亦同シ但シ人法ニ反對ノ規定アルトキハ此限リニアラス

二 訴訟ノ方式取引ノ方式成立及ヒ效力並ニ犯罪ハ混合法ニ依ル反言スレハ訴訟ヲ提起シ取引ヲ爲シ又ハ罪ヲ犯セタル地ノ法律ニ依ル但シ住所ノ法律ヲ避脱スル目的ナルトキハ住所法ヲ適用ス

三 不動産又ハ之ニ均シキ者カ存スル地ノ法律カ此物件ニ付キ規定スル所アルトキハ人法及ヒ混合法ニ拘ラス此法律(物法)ヲ適用ス

「キールルフ」ハ當時千八百十三年ニ於ケル獨逸ノ實例ヲ舉ケテ曰ク訴件カ人ニ關スルトキハ普通裁判籍アル地ノ法律ヲ適用ス即チ通例住所法人法ニ適用ス(一)若シ訴件カ物ニ關スルトキハ物件ノ所在地ノ法律(物法)ニ依リテ裁判ス(二)若シ訴件カ行爲即チ意思表示ニ關スルトキハ行爲(單獨行爲契約不法行爲等)アリタル地ノ法律ニ依リテ裁判ス(三)

「チバウト」「キールル乙」ニ由リテ纔ニ掉尾ノ勢ヲ呈セシ法則說モ「サグ非ニー」「ウエヒタル」等ノ攻撃ノ爲メニ今ヤ全ク其勢ヲ失セリ若シ夫レ今日ニ於ケル學說ノ

實況ハ次章ニ於テ其一斑ヲ示スヘシ

以上述ヘタル國際私法ノ沿革ヲ約スレハ左ノ如ク

一 混沌時代

二 屬人主義一名人種主義ノ時代

三 屬地主義一名封建主義ノ時代

四 「バルトルス」代表シタル法則說一名伊太利學派ノ時代

五 十六世紀ノ佛國學派時代「モリナウス」「アルゲントラウス」時代

六 十七世紀ノ和蘭學派時代「ブルグンツス」「ローデンブルヒ」等ノ時代

七 十八世紀ノ佛國復古學派

八 十九世紀ニ於ケル法則說ノ凋衰

第四章 國際私法ニ關スル新說及ヒ其批評

第一 法律關係發生地法說

此說ヲ唱フルモノハ曰ク法律關係發生ノ地ハ法律關係其者ニ密着ノ關係ヲ有

スルモノニシテ此關係ノ將來ノ運命ニ關係アルモノハ獨リ此地ノ法律ノミト此說ハ一連アルニ似タレトモ法律關係ニハ永久的ノ性質ヲ有スルモノト否ラサルモノトアリ永久的ノ關係ハ一國ノ利害ニ大關係アルノミナラス個人ノ利害上ヨリ見ルモ一定ノ標準ニ依リテ永ク確定セラルヘキモノトス例ヘハ能力ノ如キハ今日ノ無能力者カ明日ハ有能力者ト爲リ又其後無能力者ト爲ルコトヲ許ササルモノニシテ法律關係發生地ノ法律ニ依レハ本國ニ於テ能力アル者モ忽チ無能力ト爲リ又本國ニ於テ能力ナキ者モ能力アル者ト爲ルカ如キ結果ヲ生スヘシ例ヘハ一步ヲ國境外ニ轉シテ無能力者カ契約ヲ爲シタル場合ニ法律關係發生地ノ法律ニ依リ忽チ能力者ト爲ルニ於テハ無能力者保護ノ規定ヲ如何セン蓋シ能力ハ風土氣候智識ノ發達等ヲ標準トシテ定メタルモノナルカ故ニ永久的ノ性質ヲ有スルヤ明ナリ身分ニ付テモ亦然リ同一ノ人カ甲國ニ於テ親屬ト看做サレ而シテ乙國ニ於テ他人ト看做サルルハ身分ノ性質ニ乖クモノト云フヘ

法律關係發生地法說ヲ駁撃スル者ハ往往法律關係發生地ニ不明ノ場合多キヲ理

由トシテ攻撃スル者アリ例ヘハ鐵道内ニ於テ取引ヲ爲シタルトキノ如シ或ハ法律關係發生地無キコトアルヲ理由トシテ攻撃スル者アリ例ヘハ風船若クハ無人島ニ於テ契約シタル場合ノ如シ然レトモ此等ノ攻撃ハ皆極端ノ者ニシテ價值ヲ有スルモノニアラス

第二 伊太利ノ本國法說

伊太利ニ於テ「マンチニ」カ本國法說ヲ唱ヘン以來此說ハ諸國ニ傳播スルニ至レリ其說ニ依レハ一切ノ涉外的法律關係ヲ本國法ニ依リテ決定セントスルモノナレトモ許多ノ例外ヲ設クルヲ以テ其原則ノ大半ヲ覆没スルニ至レリ本國法說ハ勿論絶對的ニ誤謬ニアラサルコトハ能力及ヒ身分等ノコトヲ論スルニ當リテ説明スヘシト雖モ意思ノ解釋ヲ本旨トスル債權ノ問題若クハ國家自體ニ關係アル不動産等ニ本國法ヲ適用スルハ贊成スルヲ得ス

第三 訴訟地法說(一名法廷地法說)

此說ヲ唱フル者ハ曰ク主權ハ國境ヲ越エス法律ハ國外ニ其效力ヲ及ボサス故ニ裁判所ハ外國ノ法律ヲ知ルノ職務ナク又之ヲ適用スルノ職權ヲモ有セス隨

テ涉外的法律關係ニ付キ訴ヲ提起シタル者アルトキハ裁判所ハ自國ノ法律即チ訴訟地法ニ依リテ裁判スヘキモノナリト云ヘリ

右ノ説ハ主權ノ性質ヨリ打算セタルモノニシテ主權カ國外ニ效力ヲ及ホサス隨テ法律カ外國ニ效力ヲ及ホサストノ基礎ハ何人モ之ヲ疑フモノナカルヘシト雖モ外國ノ法律ヲ適用スルハ之ヲ適用スヘキ必要アルカ爲メ內國ニ於テ之ヲ認メタルノミ決シテ外國ノ法律カ內國ノ裁判所ヲ羈束スルカ爲メ之ヲ適用スルニ非サルナリ若シ涉外的法律關係ニ外國ノ法律ヲ絕對ニ適用セサルニ於テハ外國ニ於テ得タル既得權ヲ侵害シ或ハ内外人平等ナリト云ヘル原則ニ牴觸スル結果ヲ生スヘシ外國ノ法律ヲ適用スルハ全ク此ノ如キ不都合ヲ避ケンカ爲メニ外ナラス是ニ於テカ今日訴訟地法說ヲ唱フル者益々減少スルニ至リタリ

第四 法律關係ノ性質說

此說ハ「サビニー」方主張セシ所ナリ其說ニ曰ク凡ソ一切ノ法律關係ハ一定ノ法律ニ屬スルモノニシテ若シ外國ノ法律ニ屬スル法律關係ナルニ於テハ內國ニ

於テモ亦外國ノ法律ヲ認メサルヘカラス例ヘハ動產不動産上ノ權利ハ其性質上所在地ノ法律ニ屬スルモノナルカ故ニ此權利ノ得喪ニ關スル問題カ所在地以外ノ國ニ於テ起リタル場合ニ於テモ必ズ所在地ノ法律ニ依リテ其問題ヲ決定セサルヘカラスト

此說ハ「サビニー」以來獨逸ニ於テハ殆ト定説ト爲リシカ其他ノ國ニ於テモ之ヲ贊成スル學者頗ル多ク近世ノ立法例ニ於テ之ヲ採用セシ例尠カラズ蓋シ法律關係ノ性質ハ同一ナルモノニ非サルカ故ニ一定ノ準據法ヲ以テ其問題ヲ管轄スルコトヲ得サルハ勿論ナリトス例ヘハ人ノ身分能力ニ關スル問題ト物權若クハ債權ニ關スル問題トハ其性質ヲ異ニスルモノナリ果シテ然ラハ此學說ヲ應用スルニ當リ或ハ法律關係發生地ノ法律ノミヲ適用シ或ハ本國法ノミヲ適用シ或ハ又訴訟地法ノミヲ適用スル能ハサルハ洵ニ觀易キノ道理ナリ是レ「サビニー」ノ說ニ多數ノ贊成者出テタル所以ナリ本論モ亦此說ヲ基礎トシテ説明スヘシ

第五章 法例ト國際私法トノ關係

法例ハ法律慣習ノ效力及ヒ適用ヲ定ムル法律ナリ今日廣ク行ハルル定義ニ依レハ法例ハ法律適用ノ原則ヲ定ムル法律ナリト云ヘリ此定義ハ廣汎ニ失スルノ憾アリ例ヘハ法例第一條ノ如キハ法律ノ施行期日ヲ定メタルモノニシテ適用トハ全ク關係ナキモノトス或ハ適用ト施行トヲ同一視スルモノアリト雖モ法律ノ適用ハ現實的ノ事實ヲ生シタルトキ始メテ行ハルルモノニシテ法律ノ施行ハ一定ノ時日ヲ經過スレハ當然生スルモノニシテ現實的ノ關係發生セサルモ尙ホ且ツ法律ハ施行セラルルモノトス例ヘハ刑法ヲ數十年適用セサルトキハ所謂法律ハ眠リタルモノニシテ法律ノ行ハルル事實ヲ妨クルモノニアラス我法例中第一條及ヒ第二條ハ全ク國際私法ニ關係ナキモノニシテ國際私法ト關係ヲ有スルモノハ第三條以下ナリ然ラハ第三條以下ハ國際私法其モノナリヤ或ハ同條以外ニ國際私法ノ原則存在スルヤ此點ニ付テハ大ニ議論アリ抑モ國際私法上ノ事項ハ千差萬別ニシテ僅僅三十條ヲ以テ此等ノ事項ヲ包括スルコト

ハ頗ル難シ要スルニ法例ニ記載セサル事項ハ我國ノ裁判所ニ於テ何レノ法律ヲ標準トシテ其問題ヲ決定スヘキヤ是ニ於テカ更ニ法例ノ精神ニ溯リテ研究スルコトヲ要ス即チ法例ハ「サビニ」一派ノ唱ヘタル法律關係ノ性質說ヲ基礎ト爲シタルヤ將又所謂例外法ニ過キサルヤ是レ吾人ノ研究スヘキ問題ナリトス

我法例ハ國際私法ノ原則ヲ網羅シタルモノニアラス例ヘハ國籍ヲ異ニシタル船舶カ公海ニ於テ衝突シ之カ爲メニ我法廷ニ損害賠償ノ訴ヲ提起シタルトキハ裁判官ハ何レノ國法ニ依リテ之ヲ裁判スヘキヤ斯ノ如キ場合ニ關スル各國ノ例ヲ案スルニ或ハ法律ノ精神ヲ查案シテ判定スヘシト規定スルモノアリ獨逸民法草案第一條普漏西普通法典總則第四十九條索滙民法第二十五條伊太利民法第三條ノ如キ即チ是ナリ或ハ自然法ニ依リテ判定スヘシト定ムルモノアリ埃太利民法第七條「バーデン」舊法典第四條ノ如キ是ナリ

我舊法例ニハ判事ハ法律ノ不備又ハ欠缺ヲ口實トシテ裁判ヲ拒絕スルコト能サル旨ヲ定メ(舊法例第十七條)舊民法證據編第九條ニハ判事ハ條理ト公道トノ

普通原則ニ依リテ法律ノ規定ヲ補充スヘキ旨ヲ定ム佛國舊民法前加編第四條ニモ我舊法例ト同一ノ規定アリ但シ我舊法例ト佛國民法前加編第四條トノ間歷史上著大ナル差異アリ

佛國民法前加編ハ三權分立ノ學說ヲ基礎トシテ起リタル規定ナリ蓋シ佛國革命前ニ於テハ同國ノ裁判官ハ法律ニ不明又ハ不備ノ點アルトキハ立法者ニ其解釋ヲ需メ而シテ立法者カ司法權ノ範圍ニ干渉スルコトヲ怪シマサリシニ民法ノ制定者ハ之ヲ以テ三權分立ノ學說ニ反スルモノト爲シ遂ニ民法前加編第四條ノ規定ヲ設クルニ至レリ然ルニ當時佛國民法ハ法律界ノ福音タルカ如キ觀アリシカ故ニ佛國民法ヲ模範トセシ國ハ何レモ前加編第四條ノ規定ヲ採用スルニ至レリ我舊法例モ亦佛國民法ニ倣ヒタルモノニシテ世人或ハ之ヲ議スル者アレトモ予輩ハ却テ該條中ニ眞理ヲ包含スルコトヲ信ス然レトモ該條制定ノ當時ニ於ケル立法上ノ理由ヲ認メ三權分立ノ學說ヲ今日ニ回護スルモノニアラス今ヤ新法例ハ舊法例第十七條ヲ削除セリ然ラハ我法廷ハ前例ニ示シタル船舶衝突ノ問題其他法例ニ規定ナキ問題ヲ何レノ法律ニ依リテ決セントスルヤ

我法例ハ果シテ判事ニ裁判ヲ禁スル精神ナルカ是レ今日ニ於テ研究スヘキ問題ナリトス我國一派ノ學者ハ法例ヲ以テ例外法ト爲シ法例ニ規定ナキ場合ニハ總テ日本ノ法律ヲ適用スヘキモノナリト說ケリ然レトモ法例カ果シテ例外法ナルニ於テハ(獨逸ノ「ウエヒタル」ハ夙ニ此說ヲ主張セリ)何カ故ニ我法例ハ日本ノ法律ヲ適用スルコトヲ併セテ規定セシヤ獨逸大審院ハ近頃「ウエヒタル」派ノ認メタル說ヲ基礎トシテ判決ヲ爲セリ曰ク裁判官ハ主トシテ自國ノ法律ヲ適用ス唯自國ノ法律カ特ニ命令シ又ハ認許セシ場合ニ限り外國ノ法律ヲ適用スルノミト此判決ハ獨逸民法施行法ノ發布以前ニ起リタルモノニシテ該法ノ精神ト相容ルルヤ否ハ問題ナリ

抑モ涉外の法律關係ニ外國法ヲ適用スル所以ハ他ナシ如何ナル場合ヲ問ハス總テ內國ノ法律ヲ適用スルトキハ内外交通ノ效果ヲ減却シ内外人平等ノ法理ヲ設ケタル法界ニ存スル事物必然ノ理ニ適ハサルナリ元來法律ハ社會ノ需要ニ應センカ爲メニ起ルモノニシテ其實質ハ社會ニ存スル事物必然ノ理ニ外ナラス之ヲ換言スレハ社會ニ存スル事物必然ノ理カ法律ノ力ヲ藉リテ外面ニ現

ハレタルニ過キスシテ法律ハ之ヲ制定セシモノニアラス蓋シ立法者ハ社會ニ存スル一切ノ事項ヲ法文ニ表示セント欲スルモ得ヘカラスルモノユシテ法律ニ規定ナキモ社會ニ存スル事物必然ノ理ヲ否認シタルモノニ非ス或ハ曰ク事物必然ノ理ナル語ハ頗ル漠然タルモノナリト然レトモ主觀的ニハ漠然タルカ如キモ客觀的ニハ漠然タルモノニアラス唯吾人ノ研究力不十分ナル爲メニ漠然タル感アルノミ彼ノ太陽ノ如キハ學者ヨリ之ヲ觀レハ其實質不明ニシテ學者ノ見解一ナラスト雖モ客觀上ニ於テハ太陽ノ性質ハ一定セリ事物必然ノ理ト雖モ亦之ニ外ナラス學者ノ研究十分ナルニ於テハ之ヲ發見スルコト難カラズ即チ國際私法ヲ理論上研究スル者ノ職務ハ實ニ之ニ外ナラス是ヲ以テ法例ニ規定ナキ場合ト雖モ能ク當該法律關係ノ性質ヲ案シ之ニ適合スル法律ヲ選ンテ適用スヘキノミ我法例ハ蓋シ之ニ外ナラス即チ裁判官タルモノハ學理ニ照シ以テ準據法ヲ定メサルヘカラス依之觀之佛國民法前加編第四條又ハ我舊法例第十七條及ヒ舊民法證據編第九條ノ如キハ一ノ眞理ヲ包含スルモノト謂フヘシ

事物必然ノ理ト自然法トハ混同セサルコトヲ要ス吾人カ所謂事物必然ノ理ハ社會ノ變遷ト歩武ヲ同ウスルノミナラス時ト場所トニ因リテ同一ナラス例ヘハ能力ニ付テ一言センニ我國ニ於テハ波斯又ハ土耳其ノ如ク十五歳若クハ十六歳ノ幼者ヲ成年トスヘカラサル必要アリテ存ス之ニ反シ土耳其波斯ニ於テハ十五歳若クハ十六歳ヲ成年者トスルノ必要アリ是レ場所ニ因リテ事物必然ノ理カ同一ナラサル所以ナリ其他我國ニ於テハ夫妻ニ對シテ懲戒權ヲ有セサルモ英國ニ於テハ之ヲ認ム其他場所ニ因リテ事物必然ノ理カ同ウカラサルコトハ一一例示スルノ違アラヌ又時ニ因リテ事物必然ノ理ノ同シカラサルコトヲ説明センニ利息制限法ノ如キハ或ハ無制限ノ時代アリ或ハ制限ノ時代アリ今日ニ於テハ商事以外一般ニ制限主義ヲ採用セリ此等ヲ以テ觀ルモ時ニ因リテ利息ヲ制限スル必要アリ若クハ必要ナキコトヲ明カニスヘシ自然法學者カ所謂自然法ハ之ニ反シ人類ノ天性ニ基因スルモノニシテ千古ヲ通シテ變セサルモノナリ然レトモ此說ノ誤謬ナルコトハ今日一般ニ認ムル所ニシテ特ニ茲ニ説明スルノ要ヲ見ス

第六章 國際私法ノ研究法

國際私法ノ研究法ニ二アリ一ハ理論的研究法ニシテ一ハ人定的の研究法或ハ國法的の研究法ト稱スヘキモノ是ナリ理論的研究法ハ單ニ國際私法ヲ一ノ理論トシテ説明スルモノニシテ一國若クハ數國ニ實際行ハルル國際私法上ノ規定ヲ主眼トセサルモノナリ此研究法ハ歐洲大陸ノ學者間ニ行ハルルモノナリ之ニ反シ人定的の研究法ハ英米ノ學者間ニ行ハレ一國ノ制度ヲノミ主眼トシテ研究スルモノナリ今此研究法ノ優劣ヲ批評センニ理論的研究法ハ法理ヲ發揮スルニ益アリト雖モ往往實行スヘカサル立法論ニ陷ルノ弊アリ之ニ反シ人定的の研究法ハ單ニ一國ノ制度ヲ標準トスルカ故ニ此方法ヲ採ル學者ノ說ハ淺薄ナル嫌アリ是ニ於テ近來第三種ノ研究法トシテ所謂折衷的研究法ナルモノ起リ此研究法ニ依レハ理論及ヒ人定法ヲ研究ノ基礎ト爲スモノニシテ近來ノ學者ハ此研究法ヲ贊成スル傾キアリト雖モ尙ホ未タ盛ナルニ至ラサルハ畢竟種種ノ困難ノ隨伴スルニ因レリ予モ亦折衷的研究法ニ依リ國際私法ヲ一ノ理論トシ

テ研究シ同時ニ可及的各國ニ行ハルル國際私法ノ原則ヲ研究セント欲ス

第七章 國際私法ノ研究ト他ノ學科トノ關係

國際私法ヲ一ノ學問トシテ研究セントセハ國際法民法商法民事訴訟法等ノ研究ヲ併セテ爲ササルヘカラス若シ此等ノ研究ヲ爲ササルトキハ國際私法ノ研究ハ到底其效ヲ奏スルコト能ハス而シテ右ノ外比較法學沿革學ハ國際私法ノ研究ニ最モ關係アルモノナリ比較法學ハ今日佛國ニ於テ比較的ニ發達シ獨逸ハ之ニ次ク沿革學殊ニ國際私法ニ關スル沿革學モ亦佛國ニ於テ比較的盛ニ行ハル此外國際私法ノ學者ハ國際刑法ヲモ私法ノ範圍ニ入レ研究スルカ故ニ此學者ノ研究法ニ依レハ刑法學ニモ通セサルヘカラス然レトモ一ノ公法ナル國際刑法ヲ國際私法ナル名稱ノ中ニ編入スルハ正當ナラスト信ス

第八章 國際私法ノ著述

福原錄二郎平岡定太郎氏合著 國際私法

國際私法 總論 國際私法ノ研究ト他ノ學科トノ關係

匹田織五郎氏 國際私法講義未完

伊藤悌治氏 國際私法

中村進午氏 國際私法講義

岸本辰雄氏 法例講義

寺尾 亨氏 國際私法

織田 萬氏 法例講義

植村俊平馬場愿治氏共著 國際私法

チーソン氏 國際私法講義

黒川誠一郎氏 國際私法講義 上卷

板垣不二男氏 國際私法論

中村太郎氏 國際私法

立作太郎氏 國際私法講義

司法省譯 ブロシエー氏 國際私法

宮田四八氏譯 バール氏國際私法及國際刑法論

秋月左都夫氏 舊法例講義

獨逸チーテルマン「バール」サビニー英國ウエー・ストレーキ「フネリモア佛國フエ

リークス「ワイス」デバニエ伊國フネラール「北米ストリ」等

第九章 國籍

第一節 總論

(一) 國籍ノ定義 國籍トハ人カ被治者タル關係ヲ以テ國家ト連結セラルル關係ヲ云フ

今參考ノ爲メニ諸學者ノ下シタル定義ヲ左ニ示スヘシ

「ムハイム」曰ク 國籍トハ人ヲシテ國土及ヒ人民ヲ以テ基礎トスル法律團體ノ一員タラシムル繩索ヲ云フ

此定義ハ不完全ナリ何トナレハ國土及ヒ人ヲ以テ基礎ト爲ス法律團體ハ國家ノミニ非ス市町村ノ如キ地方團體ト雖モ亦國土及ヒ人民ヲ有スル法律團體ナリカ故ニ此定義ニ依レハ市町村タル法人ト其人民トノ關係モ亦國籍ナリト謂

ハサルヲ得サレハナリ

「ワイス」曰ク 國籍トハ國家ト其國民ノ各員トヲ連結スル繩索ヲ謂フ

此定義ハ先ツ可ナリ

「コラダン」曰ク 世人ノ所謂國籍ナルモノハ獨立高等ノ社團タル國家ニ個人ヲ結合スル繩索ヲ謂フ

此定義モ亦不完全ナリ何トナレハ外國人タル個人モ亦國家ニ結合セラルル場合アレハナリ之ヲ例セハ內國ニ來住スルトキハ其國ノ主權ニ服セサルヘカラス故ニ此場合ニハ國家ト個人トハ無形ノ繩索ニ依テ結合セラルルモノト謂フヘシ

「ウンゲル」曰ク 國籍トハ公法上ノ人格カ一定ノ主權ニ服従スルヲ謂フ

此定義ノ不完全ナルコトハ「ムハイム」既ニ之ヲ説明セリ即チ婦人又ハ小兒ハ公法上ノ人格ヲ有セサルカ故ニ國籍ヲ有セスト謂ハサルヘカラスト

「ウルマン」曰ク 國籍トハ一定ノ國民的團體他語ヲ以テ云ヘハ此團體ヲ統治スル最高ノ權利ヲ云フト個人トノ公法的關係ヲ云フ

國籍ハ雙務契約ニ基因スルモノナリトハ佛國學者ノ唱フル所ナリ彼等以為ラク國籍ハ法律又ハ條約ヲ以テ其意思ヲ表示シ個人ハ法律若クハ條約ニ於テ定メタル條件ヲ充タスコトニ因リテ國籍取得ノ意思ヲ表示シ是ニ於テ始メテ契約成立ス而シテ國家成立ノ當時ニ遡ルモノ「ルソー」ノ說ノ如ク國家ハ個人ノ契約ニ因リテ成立スルモノナルカ故ニ國籍ノ基礎モ亦契約ニ在ルヤ明カナリ又此契約ノ内容ヲ觀ルニ國家ハ臣民ヲ保護スル義務アリ又臣民ハ國家ノ法律ヲ遵奉スルノ義務アリ即チ此契約ハ雙務契約タルコトヲ知ルヘシ云ト

獨逸學者ハ之ニ反シ契約說ヲ全然排斥シ國籍ノ内容ヲ以テ服従義務ノ集合ナリト云ヘリ以為ラク契約ハ平等ノ地位ヲ有スル者ノ間ニ行ハルルモノニシテ不平等ノ關係ヲ有スル者ノ間ニ行ハルルモノニ非ス而シテ國家ト臣民トノ關係ハ平等ニ非スニテ不平等ナリ即チ知ル國籍ノ基礎ハ決シテ契約ニ非サルコトヲト

以上ノ二說ヲ批評スレハ佛國學者カ絶對的ニ國籍ノ基礎ヲ契約ニ採ルハ服スヘカラス蓋シ國家成立ノ原因ハ大問題ニシテ從來諸學者ノ間ニ議論ヲ生シタ

ル所ナレトモ「ルーン」一派ノ唱ヘタル契約説ノ不當ナルコトハ歴史ニ徴シテ明カナリ國家カ或場合ニ契約ニ因リテ成立スルカ故ニ此點ニ付テハ契約説ヲ贊成ス然レトモ國家成立後ニ於ケル國籍取得ハ契約ニ出ツルコトハ爭フヘカラサル事實ナリトス之ヲ例セハ歸化ノ場合ニ於テ之ヲ見ルヘシ即チ國家ハ一定ノ申込ノ勸誘ヲ爲セ而シテ外國人カ之ニ對シテ申込ヲ爲ストキ歸化ノ請願國家ハ此請願ヲ允許スルハ即チ一ノ承諾ナリトス殊ニ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ國家ハ或場合ニ於テ契約ニ因リ成立スルコトアルカ故ニ之ヲ例セハ獨逸及ヒ北米合衆國ノ如シ此種ノ國ノ人民ハ契約ニ因リ國籍ヲ得タルモノト云フコトヲ得ヘシ

獨逸學者ノ說ハ一理アルニ似タレトモ元來國家カ臣民ニ對シテ服從ヲ命スル所以ハ其生存ヲ維持センカ爲メニ外ナラサルヘシ即チ國家ハ其生命ヲ保護スルノ必要アルカ故ニ又其分子タル個人ヲ保護スル必要アリ蓋シ個人ヲ綜合セルモノハ即チ國家ナレハナリ然ラハ個人ニ對スル此必要ヲ義務ト云フモ誤謬ニ非サルヘシ而シテ國家ハ其生命ヲ維持スルカ爲メニ臣民ニ服從ヲ命スル必要アリ

是ニ於テ個人モ亦國家ニ對シ或行爲ヲ爲スノ必要アリ此必要ヲ指シテ義務ト云フモ誤ナカルヘシ果シテ然ラハ國籍ノ内容ハ雙務契約ナリト云フコト必スシモ誤謬ニ非サルヲ知ル畢竟獨逸ノ服從説ハ國籍ノ性質ヲ明カニシタルモノニ非サルヘシ

國籍ハ或程度マテ契約ノ法理ニ依リテ説明スルコトヲ得ルハ右ニ述ヘタルカ如シ然ルニ契約ニ依リテ説明スルコトヲ得サル問題アリ即チ子カ親ノ國籍ヲ取得スルハ如何ナル事由ナルヤノ問題はナリ今日血統主義ヲ全然又ハ或程度マテ採用スル國ニ於テハ子ハ親ノ國籍ヲ取得スルモノトス然ルニ子ハ未タ國家ト契約ヲ爲ササルニ拘ラス國籍ヲ取得スルハ解スヘカラサルコトト爲リ或ハ相續ノ法理ニ依リテ解スルコトヲ得ヘキカ如キモ相續開始ノ原因ハ果シテ何レニ存スルヤ子カ親ノ國籍ヲ取得スルハ死亡又ハ隱居等ノ原因ニ出ツルニ非スシテ己ノ出生ニ因リテ國籍ヲ取得スルモノナルカ故ニ益々相續ノ法理ニ依リテ此問題ヲ決スルコト能ハサルヲ知ル或ハ相續ト同一ノ性質ナリト假定スルモ何カ故ニ相續ニ關スル規定ヲ子ハ守ルノ義務アリヤ何トナレハ法律ヲ守ルノ義

務ハ國籍ヲ取得シタル後ノ問題ニシテ國籍取得ノ問題ハ法律遵守ノ問題ニ先
シスルモノナレハナリ此ノ如ク右ノ問題ヲ説明スルニハ困難ナリ

(二) 國籍ノ名稱 我國ニ於テハ千島樺太交換條約ニ於テ始メテ國籍ノ文字見エ
而シテ該條約ニ用井ラレタル文字ハ定義ニ於テ示セタル意味ニ用井ラレタルモ
今日ニ於テハ此外ノ意味ニモ用井ラル之ヲ例セハ船舶ノ國籍ノ如キ是ナリ
歐米ニ於テモ國籍ナル文字ハ廣ク用井ラレ會社ノ國籍河川ノ國籍鐵道ノ國籍
水道ノ國籍等ノ如キ是ナリ然ルニ歐米ニ於テ今日用井ラル國籍ナル文字ハ
英語「ナショナルリチー」佛語「ナチヲナリテ」伊語「ナチヲナリタ」獨語「ナチヲナリター」
ト何レモ拉丁語「ナーツス」出生ノ意味ヨリ出テタルモノナルカ故ニ今日一般ニ
用ヒラル國籍ノ意義トハ相容レサルモノトス蓋シ古代ニ於テハ國籍ハ皆出
生ニ因リテ得ラレタルモノナレトモ今日ニ於テハ種種ノ原因ニ因リテ取得セ
ラルレハナリ左レハ獨逸ノ「スターツアングヘーリヒカイト」又ハ我國ノ國籍ナ
ル文字ハ穩當ナリト云フヘシ

(三) 國籍ノ衝突 國籍ノ衝突トハ一人ニシテ二個以上ノ國籍ヲ有スル狀態ヲ云

フモノニシテ獨逸學者カ所謂國籍ノ衝突トハ其内容ヲ異ニス獨逸學者ノ考ニ
依レハ國籍ノ衝突ニハ積極及ヒ消極ノ二アリ積極ノ衝突トハ子輩カ所謂國籍
ノ衝突ヲ云ヒ消極ノ衝突トハ國籍ナキ狀態ヲ云フモノナレトモ國際無籍人ノ
狀態ヲ指稱スルニ國籍衝突ナル文字ヲ用フルハ不當ナリト信スルカ故ニ茲ニ

ハ單ニ獨逸學者ノ所謂積極ノ衝突ノミヲ説明スルモノトス

今日國籍ノ衝突ヲ生スルハ誠ニ珍シカラサル事實ニシテ例ヘハ日本人ナル父
母カ南米ノ如キ所謂出生地主義ノ國ニ於テ子ヲ生ミタルトキハ日本ヨリ觀レ
ハ其子ハ日本人ナレトモ南米諸國ヨリ觀レハ南米人ナリトス是ニ於テ右ノ生
子ハ日本ト南米ト或國トノ國籍ヲ併有スルニ至ルヘシ又甲國ノ人民本國ニ於
テ國籍喪失ノ手續ヲ履マスシテ乙國ニ歸化スルコトアリ此場合ニハ乙國ト甲

國トノ國籍ヲ併有スルニ至ルヘシ此等ノ場合ハ即チ國籍ノ衝突ナリトス

國籍ノ衝突ニ付テハ從來學者并ニ實際家カ其豫防ノ方法ヲ講シ今日ニ於テハ
漸漸其效ヲ奏スルニ至レリ然ラハ何カ故ニ國籍ノ衝突ヲ豫防スル必要アリヤ是
レ子輩ノ知ラント欲スル所ナリトス甲乙二國ノ國籍ヲ有スル人アリト假定セ

ン今此人カ甲乙二國ヨリ徴兵ノ召集ヲ受ケタルトキハ孰レノ兵役ニ服スヘキヤ殊ニ甲乙二國カ交戦シタル場合ニ於テハ孰レノ國難ニ赴クヘキヤ蓋シ一人ニシテ兩國ノ難ニ赴クコト能ハサルハ勿論ナルカ故ニ結局孰レカ一方ノ軍ニ從フニ至ルヘシ是ニ於テカ他ノ一方ヨリ犯罪者ト看做サルル結果ヲ生スヘシ是レ國籍ノ衝突ヨリ生スル弊害ナリトス尙ホ一例ヲ舉ケンニ英佛二國ノ國籍ヲ有スル者カ英國ニ於テ權利ヲ侵害セラレタリト假定センニ此場合ニ佛國政府ニ向テ外交上ノ保護ヲ乞ハハ佛國ハ此請求ニ應スヘキヤ如何英國政府ハ必ス曰ハシ我國ノ人民ニ對スル處分ハ主權ノ作用ナルカ故ニ佛國ニ於テ干涉スルノ權利ナシト是ニ於テ佛國政府モ亦曰ハシ我國籍ヲ有スル人民ノ權利ヲ侵害セラレタル以上ハ之ニ外交上ノ保護ヲ與フルハ我國ノ義務ナリ(佛國ニハ外交上保護ヲ請求スル人民ノ權利ヲ明カニ認ムル規定ナキモ獨逸憲法ノ如キハ在外獨逸人ハ獨逸政府ニ向テ外交上ノ保護ヲ請求スル權利アル旨ヲ明カニ規定セリ故ニ右ノ例ニ謂フ所ノ人カ英獨二國ノ國籍ヲ有スルニ於テハ憲法上ニ於テモ一ノ困難ナル問題ヲ生スヘシト此ノ如ク國籍ノ衝突ハ種種ノ弊害ヲ伴

フモノニシテ學者及ヒ實際家カ其豫防策ヲ研究スルハ偶然ノコトニアラサルヲ知ルヘシ

此ノ如ク國籍ノ衝突ハ大ニ恐ルヘキ結果ヲ生スルモノナレトモ學者ハ往往之ヲ以テ空想ナリト云フ者アリ此見解ニ依レハ元來人ハ一身ヲ以テ同時ニ二個以上ノ國ニ臣事スルコト能ハサルカ故ニ縱令外形上數多ノ國籍ヲ併有スルモ法理上ヨリ之ヲ云ヘハ何レカ一ノ國籍ヲ有スルニ過キサルモノトス故ニ各國ノ法律カ往往國籍衝突ノ豫防ニ付テ規定ヲ設クル例アレトモ全ク無用ナリト云ヘリ抑モ法理上國籍ノ衝突ナキコトハ余輩モ亦之ヲ怪マスト雖モ國籍ノ取得ニ關スル各國ノ制度カ一定セサル今日ニ於テ外形上國籍ノ衝突ヲ生スルコト固ヨリ其所ナルカ故ニ實益上ヨリ云ヘハ我法律ノ如ク此問題ヲ決定スル條文ヲ設クルヲ可トス尙ホ國籍衝突ノ豫防方法ニ付テハ議論アルカ故ニ後ニ之ヲ説明スヘシ

次ニ簡單ニ國籍ノ衝突ニ關スル沿革ヲ説明スヘシ抑モ羅馬ニ於テハ國籍ノ衝突ヲ認メサリシカ希臘ハ之ニ反シ國籍ノ衝突ヲ以テ弊害ナキモノトシ之ヲ是

認セリ其後歐洲ニ於テ殊ニ封建時代ニ於テハ國籍衝突ノ例頗ル多ク就中共同主權ノ行ハルル國ニ於テハ國籍ノ衝突ヲ發生セシコト怪ムニ足ラス近世ニ於テハ二三ノ國ヲ除クノ外國籍ノ衝突ヲ否認セサルナシ然レトモ今日未タ各國ノ間ニ國籍ノ衝突ヲ鎮滅スル原則ヲ一定スルニ至ラス

今國籍衝突ノ原因ヲ舉クレハ左ノ如シ
第一 出生ニ因ル國籍ノ衝突

血統主義ヲ採ル國ニ於テハ自國人ノ生ミタル子ハ自國ノ人民ナリトス然ルニ生地主義ヲ採ル國ニ於テハ自國內ニ生レタル者ハ其父母ノ國籍如何ニ拘ラス總テ自國ノ人民ナリトス例ヘハ獨逸、埃太利、匈牙利等ニ於テハ血統主義ヲ採ルカ故ニ此等ノ國ノ人民カ南米諸國ノ如ク生地主義ヲ採ル國ニ於テ子ヲ生ミタルトキハ忽チ國籍ノ衝突ヲ生スヘシ左レハ從來歐洲諸國ト此等ノ諸國トノ間ニ國籍ノ衝突ニ付キ紛議ヲ生シタルコト屢アリ殊ニ國籍ノ衝突ニ付キ紛議ノ原因ト爲ルハ多ク兵役ナリトス

出生ニ依ル國籍衝突ノ爲メニ起リタル外交上ノ紛議中最モ有名ナル事件二個

アリ(一)ハ「ロマゲラー」事件ニシテ(二)ハ「マグドナルド」事件ト稱スルモノ是ナリ
今「ロマゲラー」事件ノ概略ヲ述ヘンニ「ロマゲラー」ハ西班牙人ニシテ南米アルジヤンチンニ於テ出生シ「バルゼロナ」ニテ産業ヲ營ミシカアルジヤンチン領事館ノ戶籍簿ニ登錄シタリ偶ニ西班牙政府ハ之ヲ兵役ニ徵集セシニ此處置ニ對シ「アルジヤンチン」ハ抗議ヲ爲シタリ其理由トスル所ハ「ロマゲラー」ハ「アルジヤンチン」ニ出生セシノミナラス「アルジヤンチン」ト西班牙間ノ條約ニ依ルモ將タ戶籍簿ニ登錄ニ徵スルモ本人カ「アルジヤンチン」人ナルコト疑ナシト云フニ在リ然ルニ西班牙政府ノ答辯ニ依レハ「ロマゲラー」父ハ西班牙人ナルヲ以テ「ロマゲラー」モ亦西班牙人ナリト此事ハ遂ニ「アルジヤンチン」勝利ニ歸シタリ
次ニ「マグドナルド」事件ノ梗概ヲ叙センニ「マグドナルド」ハ英國人タル父母カ佛國ニ於テ生ミタル子ナリシカ當時佛國ハ生地主義ヲ採リシヲ以テ「マグドナルド」ハ佛國人トシテ佛國ノ兵役ニ就キタリ然ルニ千七百四十七年英佛二國力干戈ヲ交ヘシトキ偶ニ佛國ノ軍旅ニ從ヒシカ英人ニ生擒セラレタリ英國裁判所ハ「マグドナルド」ハ佛國人タルヲ認メス謀反人トシテ死刑ノ宣告ヲ爲シタリ然レ

トモ其後、マグドナルドハ死刑ヲ有サレ英國ヲ追放セラレシカ英國ノ獄中ニ呻吟セシコト實ニ二千年ナリシト云フ

以上ハ血統主義ト純然タル生地主義トノ衝突ヨリ起ル例ナレトモ血統主義ト半生地主義トノ衝突ヨリ起ル國籍ノ衝突アリ例ヘハ佛國ノ民法ニ依レハ(千八百八十九年改正佛國ニ於テ生レタル外國人カ佛國ニ於テ子ヲ生ミタルトキハ其子ハ佛國人ナリ抑モ此規定タルヤ素ト人口ノ増殖ヲ計ルカ爲メニ出テタルモノナレトモ管ニ其效ヲ奏セサルノミナラス之カ爲メニ國籍ノ衝突ヲ屢惹起セシヲ以テ大ニ世人ノ非難ヲ受ケタリ例モハ伊太利人カ佛國ノ別莊ニ於テ子ヲ生ミ而シテ此子カ成長ノ後更ニ此別莊ニ來リテ子ヲ生ミタルトキハ佛國ヨリ觀レハ佛國人ナリトス然ルニ伊太利ハ血統主義ヲ基礎トスル國ナルカ故ニ伊太利ヨリ觀レハ右ノ子ハ伊太利人ナリ是レ國籍ノ衝突ヲ生スル所以ニシテ兩國ノ間ニ從來國際ノ紛議ヲ生セシコト屢之アリ其他佛國ハ獨逸、白耳義諸國ト兵役ニ付キ國籍衝突ノ紛議ヲ生シタルコト鮮少ナラス殊ニ千八百八十九年ノ改正法實施以來二年ヲ經サルニ既ニ白佛ノ間ニ國籍ノ衝突ヲ生セシカ白耳

義政府ノ讓歩ニ依リテ落着ヲ見ルニ至レリ即チ千八百九十一年白耳義ハ佛國ト條約ヲ締結シ佛國及ヒ白耳義二國ノ國籍ヲ有スル臣民ニハ兵役ヲ課セサル旨ヲ規定セリ

以下國籍衝突ノ他ノ原因ヲ示スヘシ即チ甲國臣民タル父カ乙國ニ住居シ而シテ乙國ニ於テ生ミタル子ハ甲國ノ臣民タルト同時ニ乙國ノ臣民タリ例ヘハ千八百六十八年改正憲法並ニ千八百六十六年改正條例ニ依レハ北米合衆國ノ裁判權ニ服從シ而シテ外國ノ主權ニ服從セサル外國人ノ子ニテ合衆國ニ生レタル者ハ合衆國ノ臣民トス同國ノ裁判例ニ依レハ合衆國ノ裁判權ニ服從シ而シテ外國ノ主權ニ服從セサル外國人トハ單ニ合衆國ニ居所ヲ有スル外國人ヲ指スニアラスシテ同國ニ住所ヲ有スル外國人ノ謂ナリ合衆國政府ノ見解亦此ノ如シ例ヘハ「グライザ」事件ニ關シ千八百八十五年國務大臣カ爲シタル裁定ノ如キ是ナリ而シテ外國人ニシテ合衆國ニ住居シ同地ニ於テ子ヲ生ミタル例頗ル多ク殊ニ獨逸人ニ其例多キカ故ニ忽チ兩國ノ間ニ國籍衝突ノ紛議ヲ生スルニ至レリ「ランジユ」自由國ノ制度亦然リ千八百七十九年五月八日憲法第一

條

外國人ノ子カ生地ヲ去ラスシテ其處ニ居住スル場合ニ其國ノ國籍ヲ取得スル例アリ例ヘハ丁抹及ヒ「コロンビヤ」ノ如キ是ナリ右丁抹ノ制度ニ付キ一言セシニ同國ニ於テハ臣民ニ二種アリ(一)ハ丁抹ニ生レ且ツ住居スル者ニシテ(二)ハ同國ニ生レタル者ナリ千八百七十年獨逸法律實施以前ニ在リテハ「シユレスウ非ヒ、ホルスタイン」ニモ亦丁抹ノ法律行ハレシカハ埃太利及ヒ普漏西間ニ國籍衝突ニ付キ紛議ヲ生シタルコトアリ千八百六十九年ノコトナリシカ「アルトナ」ニ住居シタル普漏西ノ臣民同地ニ於テ一子ヲ擧ケタリ然ルニ千八百八十八年埃國政府ハ此生子ニ向テ徵兵検査ニ應スヘキ命令ヲ發セシニ本人ハ普國ノ臣民ナル旨ヲ申立テ此命令ニ服セサリキ普國政府モ亦此申立ヲ正當ナリト認メ埃國政府ノ抗議ヲ容レサリシカハ埃國政府ハ遂ニ本人ニ對シ國籍脱却ヲ允許セリ

次ニ半生地主義ヲ採ル國ニ於テ生レタル者ガ成年ニ達セサル場合并ニ成年後生地ノ國籍ヲ脱セサル場合ニモ國籍ノ衝突起ル例ヘハ英吉利葡萄牙伊太利等

ノ法律ニ依レハ此等ノ國ニ生レタル子ハ其父母カ外國人ナルトキト雖モ生地ノ臣民ナリトス但シ成年後ハ父母ノ國籍ヲ選擇スル權アリ殊ニ英國ニ於テハ千八百七十年以前ニ在リテハ純然タル生地主義行ハレタルカ故ニ外國人ノ子ニシテ同國ニ生レタル者ハ英國人ニシテ父母ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ許サザリシカ新歸化法出ツルニ及ヒテ始メテ選擇ヲ許スニ至レリ葡萄牙ノ法律ニ依レハ葡萄牙ニ生レタル未成年者ト雖モ法律上ノ代理人ニ依リテ葡萄牙ノ國籍ヲ脱却スルコトヲ得ルカ故ニ國籍ノ衝突ハ英國ノ制度ニ比シテ僅少ナルヘシト伊太利民法カ生地主義ヲ採用シタル點二箇アリ(一)ハ伊太利ニ生レタル子ノ父カ子ヲ出生前ニ伊國ノ國籍ヲ喪失シタル場合ニ生子カ伊國ニ住居スルトキハ成年ニ達スルマテ之ヲ伊國人ト爲ス(二)ハ父カ十年間引續キ伊國ニ住居シ同地ニ子ヲ生ミタルトキハ生子ハ成年ニ達スルマテ伊國人ト爲ス而シテ生子ハ此二箇ノ場合ニ於テ成年後父ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ得ルモノトス殊ニ右第一ノ場合ニ於テ生子カ伊國以外ニ住所ヲ移ストキハ伊國ノ國籍ヲ喪失ス第二ノ場合ハ千八百六十五年始メテ制定セラレタルモノニシテ之カ爲メ瑞西國ト國

籍衝突ノ爭論ヲ開キタルコト屢是アリ抑モ伊太利民法第八條ニ依レハ十年間引續キ伊國ニ住居スル外國人ノ子ニシテ伊國ニ生レタル者ハ伊太利法律ニ依リテ成年ニ達シタル後ニアラサレハ國籍ノ選擇ヲ許サス然ルニ伊太利ノ成年ハ二十一歳ニシテ徵兵適齡ハ二十歳ナリ故ニ伊太利ニ生レタル未成年ナル瑞西人カ伊國人トシテ同國ノ兵役ニ就クノ例珍シカラス何トナレハ二十歳ニテハ未タ伊太利ノ國籍ヲ脫スル能ハサレハナリ是ニ於テ千八百六十八年瑞西政府ハ伊太利ト條約ヲ締結シ瑞西人ノ子ニシテ二十一歳未滿ノ者ハ伊太利ノ兵役ニ徵セサル旨ヲ約定セリ

次ハ乙國ニ於テ生レタル甲國人タル父カ乙國ニ於テ生ミタル子ハ成年ニ達スルマテ乙國ノ臣民タリ又成年以後ト雖モ父ノ國籍ヲ選擇セサルトキハ乙國ノ臣民タル場合ニシテ國籍衝突ノ原因ト爲ル例ヘハ佛國民法ニ依レハ二代以上佛國ニ生レタル者ハ父ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ得ルモ其選擇ヲ爲ササル間ハ佛國ノ臣民ナルカ故ニ其父母ノ國ト國籍ノ衝突ヲ起スコトアルヘシ
以上ハ血統主義ト純然タル生地主義ト又ハ半生地主義トノ衝突ヨリ起ル國籍

衝突ノ場合ナルモ血統主義ト血統主義又ハ血統主義ト半血統主義トノ間ニ國籍ノ衝突ヲ生スル場合アリ例ヘハ血統主義ヲ採ル甲國ノ男子ト他ノ血統主義又ハ半血統主義ヲ採ル乙國ノ女子トノ間ニ子ヲ設ケタルトキ婚姻ニ基因スルト否トヲ問ハス其生子ハ父ノ國ヨリ觀レハ甲國ノ臣民ニシテ母ノ國ヨリ觀レハ乙國ノ臣民ナリ即チ一人ニシテ甲乙兩國ノ國籍ヲ併有ス此ノ如ク血統主義ト血統主義トノ間ニ國籍ノ衝突ハ必ス起リ得ヘキモノニシテ從來ノ學者ハ此點ヲ看過スルモノ多シ

第二 生後ノ事實ニ因ル國籍ノ衝突

(甲) 歸化ニ因ル國籍ノ衝突 今日一般ノ文明國ニ於テハ歸化ノ制度ヲ設ケサルモノ殆ト之ナシ土耳其スラモ近年歸化法ヲ制定シテ外國人ニ國籍ヲ取得ヲ許スニ至レリ是ニ於テ本國ノ國籍ヲ脫セサル者カ外國ニ歸化スルコト頗ル多ク隨テ國籍ノ衝突ヲ惹起シタルコト甚タ多シ就中北米合衆國及ヒ獨逸間ニ此原因ニ依リテ國際紛議ヲ生シタルコト屢之アリ

獨逸法律ニ依レハ獨逸人カ外國ノ國籍ヲ取得スルモ之カ爲メニ獨逸ノ國籍ヲ

失ハス隨テ獨逸人ニシテ外國ニ歸化シタル者殊ニ北米合衆國ニ歸化シタル者ハ二國ノ國籍ヲ併有スルニ至レリ而シテ近來獨逸人ハ國內ニ於ケル經濟上ノ關係ノ爲メニ北米合衆國ニ移住シ同國ニ歸化スル者頗ル多シ是ヲ以テ獨逸及ヒ合衆國トノ間ニ國籍衝突ノ紛爭ヲ生シタルコト頗ル多シ殊ニ兵役事件ニ付キ然レトモ「パンクロフト」條約ニ於テ此紛議ノ原因ヲ永ク沈滅スルコトヲ得タリ蓋シ「パンクロフト」ヲル者ハ獨逸ニ派遣セラレタル北米合衆國ノ公使ノ名ニシテ此人カ條約ノ締結ニ力ヲ盡シタルカ爲メ遂ニ「パンクロフト」條約ノ名稱ヲ生スルニ至レリ今其條約ノ要領ヲ説明センニ獨逸人ニシテ北米合衆國ニ歸化シタル者ハ本國ノ法律上國籍ヲ喪失セサルモ北米合衆國ノ臣民ト看做スヘシト云フニ在リ即チ此條約ニ依リテ獨逸法律ノ精神ハ全ク沒了セラルルニ至レリ然レトモ右ハ單ニ獨逸北米合衆國間ノ條約ナルカ故ニ獨逸國ノ臣民カ北米合衆國以外ノ國ニ歸化シタルトキハ等シク國籍ノ衝突ヲ起スニ至ルヘシ右ニ述ヘタル如ク「パンクロフト」條約ハ獨逸國籍法ノ規定ヲ無効ナラシメタルカ故ニ之ヲ非難スル者漸多キヲ加フルニ至リ殊ニ獨逸ノ兵役ヲ免脱センカ

爲メニ北米合衆國ニ歸化スル者滋増加シ「パンクロフト」條約ハ宛モ兵役忌避ノ方法ヲ設ケタルヤノ感アリ是ニ於テ獨逸法學者中獨逸ノ兵役ヲ終ラサル獨逸人ニシテ衆國ニ歸化シタル者偶然獨逸ニ來リタルトキハ之ヲ外國人トシテ罰スヘシトノ論ヲ主張スル者アリ此論ハ獨逸ニ行ハレザリシカ千八百八十九年佛國民法改正前ニ於テハ同國ニ實際ニ行ハレタリ日本ノ國籍法ハ國籍ノ衝突ヲ豫防スルノ精神ナルニモ拘ラス兵役ノ點ニ付テハ獨逸ノ前例ニモ倣ハス斷然國籍ノ衝突ヲ甘シタリ即チ國籍法第二十四條第一項ニ曰ク「滿十七年以上ノ男子ハ前五條ノ規定ニ拘ラス既ニ陸海軍ノ現役ニ服シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス」伊太利民法第十二條佛國民法第十七條ノ如キモ亦然リ又佛國民法ニ依レハ現役ヲ終ラサル佛國民ハ政府ノ許可ヲ得ルニアラサレハ佛國ノ國籍ヲ失ハス此ノ如ク兵役ノ一點ニ付キ國籍ノ衝突ヲ甘スル例尠カラサルカ故ニ此衝突ニ基因スル國際爭議ノ發生モ亦隨テ頻繁ナラサルヲ得ス

土耳其ニ於テハ千八百六十九年以來政府ノ許可ヲ得ルニアラサレハ外國ノ國

籍ヲ取得スル能ハサルニ至レリ然ルニ政府ノ許可ヲ得スシテ希臘ノ國籍ヲ取得スル者多キカ故ニ希臘土耳其間ニ於テ國籍衝突ニ基因スル紛議ヲ生シ其局千八百七十五年兩國間ニ新條約ヲ締結シ漸ク國籍ノ衝突ヲ防クコトヲ得タリ、歸化人ノ妻及ヒ未成年ノ子ハ夫又ハ父母ト共ニ當然歸化國ノ國籍ヲ取得スル例尠カラス然ルニ歸化人ノ舊本國ニ於テ歸化人ノ妻及ヒ未成年ノ子ノ國籍喪失ヲ認メサル例モ亦尠シトセス是ニ於テカ歸化人ノ妻及ヒ未成年ノ子ハ二國以上ノ國籍ヲ併有スル結果ヲ生スヘシ

抑モ今日ニ於テハ歸化ニ付キ國籍ノ統一ヲ圖ル例多シ然レトモ其主義ハ苛酷ニ失スルノ嫌アルニ依リ種種ノ方法ヲ設ケ此弊害ヲ除去セントスルモノアリ匈牙利ブルガリヤ「コロンビヤ」「ヴェネチユラ」等ノ諸國ニ於テハ當然妻及ヒ未成年ノ子ハ歸化人タル夫又ハ父母ノ國籍ヲ取得セシムル方法ヲ設クルモ瑞西ノ如キハ歸化人ノ妻及ヒ未成年ノ子ニハ從來ノ國籍ヲ保有スルコトヲ許セリ日本國籍法ハ歸化人ノ妻ト其未成年ノ子トノ間ニ區別ヲ設ケ妻ニハ從來ノ國籍ヲ保有スルコトヲ許スモ未成年ノ子ニハ之ヲ許サスシテ當然日本人タラ

シム但シ國籍ノ衝突ナキトキニ限ル伊太利ニ於テハ歸化人ノ子ハ當然伊太利ノ國籍ヲ取得シ成年ニ達セテ始メテ從來ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ得又諾威及ヒ英國ニ於テハ歸化人ノ妻子ハ歸化人ト共ニ歸化國ニ住所ヲ移スニキハ當然歸化人ノ國籍ヲ取得スルモノトス

佛國ノ制度ハ千八百八十九年前ニ於テハ全ク箇人主義ヲ採リ歸化人ノ國籍取得ハ其未成年ノ子ニ及ハサリシモ同年以來ハ全ク反對ニシテ當然佛國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ爲レリ是ニ於テ佛國瑞西ノ兩國間ニ國籍衝突ノ紛議屢々起リタルコトアリ蓋シ瑞西ノ法律ニ依レハ歸化人ノ未成年ナル子ハ反對ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テ當然瑞西ノ國籍ヲ取得ス而シテ瑞西ハ局外中立國ナルカ故ニ他ノ歐洲諸國ニ於ケルカ如ク外國ト交戦スルノ憂殆ト之ナシ故ニ佛國人ニシテ其子ノ兵役ヲ免レシメント欲スル者ハ故ラニ瑞西ニ歸化シ以テ其子ニ瑞西ノ國籍ヲ取得セシムル例ヲ漸漸開クニ至レリ是ニ於テ兩國間ニ國際ノ紛議ヲ生シ遂ニ千八百七十九年條約ヲ締結シ僅ニ紛議ヲ豫防スルコトヲ得タリ今此條約ニ依ルニ佛國人ニシテ瑞西ニ歸化シタル者ノ子ハ二十二歳ニ至

ルマテハ依然トシテ佛國ノ國籍ヲ保有スルコトト爲セリ
 千八百七十四年佛國人タル父母カ獨逸ニ歸化シタルコトアリ而テ其子ハ當
 然獨逸ノ國籍ヲ取得セリ然ルニ其子ハ獨逸ノ兵役ヲ終リタル後人ニ備ハレン
 カ爲メニ佛國ニ赴キタルニ同國ニ於テ逮捕セラレ國事裁判所ハ逃亡人トシテ
 或刑ニ處ストノ宣告ヲ爲シタリ是ヲ以テ千八百九十二年獨逸政府ハ佛國政府
 ニ對シ本人ノ宥刑ヲ請求セシニ依リ遂ニ兩國間ニ國際紛議ヲ生スルニ至レリ
 甲國ノ法律ニ依レハ歸化人ノ未成年ナル子ハ法定代理人ノ承諾ヲ得スシテ國
 籍ヲ取得スルコトヲ得ヘシ然ルニ乙國即チ未成年者ノ本國ニ於テハ法定代理
 人ノ承諾アルニアラサレハ國籍ノ拋棄ヲ許サス是ニ於テカ一人ニシテ甲乙二
 國ノ國籍ヲ併有スル結果ヲ生スヘシ
 甲國ノ未成年ナル臣民カ乙國法律ノ定メタル年齡ニ達シタルノ故ヲ以テ乙國
 ニ歸化スルコトアリ然ルニ甲國ニ於テハ未成年ニ達セサル故ヲ以テ國籍ノ
 拋棄ヲ認メストセハ忽チ衝突ヲ生スヘシ
 以上ハ歸化ニ因ル國籍ノ衝突ナルモ次ニ婚姻ニ因ル國籍ノ衝突ヲ説明スヘシ

(乙) 婚姻ニ因ル國籍ノ衝突 今日一般ノ文明國ニ於テハ婚姻ヲ以テ國籍取得
 ノ原因ト認ム又婚姻ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認ムル者尠カラス然ルニ婚姻ヲ
 以テ國籍喪失ノ原因ト認メサル國亦往々之アルカ故ニ今婚姻ヲ以テ國
 籍喪失ノ原因ト認メサル國ノ女子カ之ヲ以テ國籍取得ノ原因ト爲ス國ノ男子
 ニ嫁スルトキハ二國ノ國籍ヲ併有スヘシ

(丙) 任官ニ因ル國籍ノ衝突 獨逸及ヒ瑞西ノ如キハ任官ヲ以テ國籍取得ノ原
 因ト認メ而シテ多數ノ國ニ於テハ任官ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メス例ヘハ
 「ボリビヤ」「ガチマラ」「ベルシャ」瑞西北米合衆國等ニ於テハ自國ノ臣民カ外國ノ
 官職ニ就クコトヲ認ムルモ之ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メス但シ獨逸ニ於テ
 ハ政府ノ允許ナクシテ外國ノ官職ニ就キタル者ハ召還ノ命令ニ應ゼサルトキ
 ハ國籍ヲ喪失スルコトアリ土耳其ニ於テモ政府ノ允許ヲ得スシテ外國ノ官職
 ニ就キタル者ハ土耳其政府ヨリ國籍剝奪ノ宣告ヲ受クルコトアリ是ニ於テ此
 等諸國ノ人民カ獨逸又ハ瑞西等ノ官吏又ハ公吏ト爲ルトキハ忽チ國籍ノ衝突
 ヲ生スヘシ今外國ニ歸化スルヲ以テ一般ニ國籍喪失ノ原因ト認ムル國ニ於テ

ハ任官ニ因ル國籍取得ハ歸化ト同一ナリヤ否ヤニ付テハ多少ノ議論ノ存スル所ナリ

「ルクセンブルヒ」法律ハ歸化ト任官ニ因ル國籍取得ヲ同視セスト雖モ獨逸ノ法律ニハ任官ノ辭令ハ歸化狀ト同視ストノ明文アルカ爲メ學者ハ任官ニ因ル國籍取得ヲ歸化ト同一ニ看做シ往往準歸化ノ名稱ヲ下スモノアリ諸威國法モ亦同シ故ニ獨逸又ハ諸威ニ於テ官職ヲ得タル者ハ右ノ諸國ニ於テ國籍ヲ喪失スヘシト云フ者アリ抑モ任官ハ契約ナリヤ將タ單獨行爲ナルヤハ一問題ナリト雖モ之ヲ以テ契約ナリトスルトキハ歸化ト其性質ヲ同シクスヘシ之ニ反シ單獨行爲ナリトスレハ一種ノ契約タル歸化ト其性質ヲ異ニスルカ故ニ歸化ト任官ニ因ル國籍取得ノ性質ヲ明カニセント欲セハ勢ヒ任官ノ性質ヲ確定セサルヘカラス予ヲ以テ之ヲ觀レハ任官ハ全ク主權的行爲ニシテ箇人ノ意思ニ關セサルモノナリ「ラバンド」派ノ學者カ主張スルカ如ク任官カ果シテ契約ナルニ於テハ國家カ其機關ヲ運用スルコト能ハサルヘシ何トナレハ箇人ノ意思ニ反シテ官吏ヲ任官スルコト能ハサレハナリ果シテ然ラハ任官カ單獨行爲ニシ

テ契約ニ非サルコトハ官職ノ性質ヨリ生スル當然ノ結果ナリトス獨逸法律ハ此ニ觀ル所アリテ特ニ任官ノ辭令ハ歸化狀ヲ代用スト規定セル所以ナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ外國ノ歸化ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト爲ス國ニ於テ自國臣民カ外國ノ官吏又ハ公吏ト爲リ以テ其國籍ヲ取得スルモ之カ爲メ右臣民ハ未ダ國籍ヲ喪失スルモノニ非サルナリ

今近世ニ起リタル實例ヲ示サンニ「ルクセンブルヒ」人ナル「メルテンス」ナル者「エルザス」ロートリンゲン「フ」公職ニ就キ之カ爲メニ獨逸ノ臣民ト爲リタルコトアリ然ルニ本國ノ法律ニ依レハ「メルテンス」ハ依然從來ノ國籍ヲ保有セリ此人奉職中或罪ヲ犯シ「ルクセンブルヒ」ニ逃亡セリ因テ獨逸政府カ其引渡ヲ請求セシニ「ルクセンブルヒ」政府ハ自國臣民タルノ理由ヲ以テ其引渡ノ請求ヲ拒絕シタリ而シテ其犯罪人ハ「ルクセンブルヒ」裁判所ニ於テ審問スル所アリシカ千八百四十五年ノ法律ニ依リ無罪ノ宣告ヲ受ケタリ是ニ於テ「エルザス」ロートリンゲン地方廳並ニ「プロイス」政府ハ新ニ布告ヲ發セリ其布告ニ依レハ「ルクセンブルヒ」人ニシテ「プロイス」又ハ「エルザス」ロートリンゲン「フ」官職ニ就カント欲スル

著ハ先ツ從來ノ國籍ヲ拋棄スヘキコト是ナリ又、ルクセンブルヒハ八任官前ニ左ノ宣言書ニ署名スルコトヲ要ス其宣言書ニ曰ク予ハルクセンブルヒノ國籍ヲ拋棄シ以テ「エルザスロートリンゲン」若クハ「プロイス」ノ官職ヲ奉スルナリ云云又此宣言書ハ本人ヨリ本國政府ニ送致スヘキ義務アルモノナレトモ本國政府ニ對シテ國際法上效力アリヤ否ヤハ頗ル疑ハシ

國籍衝突ノ問題ハ有名ナル國際法學者ステルク氏ノ一身上ニ就テモ生シタルコトアリステルク博士ハ元來奧太利人ナリシカ「プロイス」大學ノ教授ニ任セラレタルヲ以テ同時ニ獨逸ノ國籍ヲ取得セリ千八百八十八年萬國國際法協會カ氏ヲ會員ニ舉ゲントセシモ奧太利ノ會員ニハ缺員ナク獨逸ノ會員ニ缺員アリシカ爲メ其國籍ニ付キ議論ヲ生シ遂ニ獨逸人ナリト決定セリ

(丁) 選擇ニ因ル國籍ノ衝突 即チ甲國ニ生レタル乙國臣民カ成年後生地ノ國籍ヲ選擇シ而シテ一面ニ於テハ乙國ノ國籍ヲ失ハサルコトアリ抑モ諸國ニ於テハ往往自國內ニ生レタル外國人カ成年ニ達シタル後自國ニ住所ヲ定メ臣民タランコトヲ欲スルトキ其意思ヲ表示シタル場合ニ國籍ヲ付與スル例甚カラ

ス日本國籍法ニハ此ノ如キ規定ヲ設ケサリシモ舊民法人事編第八條ニ於テハ此規定アリ此ノ如キ規定ヲ設ケタル國カ外國ト國籍衝突ノ紛議ヲ生ニルコト明白ナリ如何トナレハ今日多數ノ國ニ於テハ獨逸瑞西土耳其匈牙利北米合衆國白耳義英吉利等選擇ニ因ル國籍喪失ノ原因ヲ認メサレハナリ例ヘハ千八百六十年佛國人タル父母カ白耳義ニ於テ「カリール」ナル男子ヲ分娩シタリ此男子成年ノ後白耳義ノ國籍ヲ選擇セリ然ルニ「カリール」二十歳ノ時佛國政府ハ之ヲ新兵名簿ニ登錄セシニ「カリール」ハ白耳義民法第九條ヲ基礎トシ佛國政府ニ向テ新兵名簿ヨリ自己ノ姓名ヲ削除センコトヲ要求セリ然レトモ佛國政府ハ之ヲ斥ケタリシカ其理由トスル所ハ「カリール」ハ白耳義ノ國籍ヲ取得シタルモ未タ佛國ノ國籍ヲ失ハスト云フニ在リ是ニ於テ佛白兩國ノ政府ハ千八百七十九年一ノ條約ヲ締結シテ此種ノ紛議ヲ長ク杜絶セントセシモ兩國議會ノ反抗ニ依リテ遂ニ成立スルニ至ラザリシカ近年再ヒ談判ヲ開始シ千八百九十一年漸ク條約ノ批准ヲ終ルニ至レリ此條約ニ依レハ佛白兩國民法第九條ニ依ル兵役義務者ハ滿二十二年ニ非サレハ新兵名簿ニ登錄スヘカラス

西班牙、佛國間ニモ亦此ノ如キ國際問題ヲ惹起シタルコトアリシカ千八百六十二年領事條約ニ依リ甫メテ此問題ヲ決定スルニ至レリ此條約ニ依レハ西班牙ニ於テ生レタル佛國人竝ニ佛國ニ於テ生レタル西班牙人ハ血統上ノ本國ニ於テ既ニ抽籤シタルコトヲ證明セタルトキハ生地ニ於テ兵役ヲ免ルルモノトナセリ

(戊) 國籍ノ回復ニ因ル國籍ノ衝突 各國ノ法律中往往自國ノ國籍ヲ喪失シタル舊臣民カ自國ノ國籍ヲ更ニ取得セントスル場合ニ普通ノ外國人ト同視シ歸化ノ手續ニ依ラシムヘカラサル理由アリト爲シ簡易ノ手續ヲ設ケテ再ヒ國籍ヲ取得セシムル例アリ我國籍法ニモ亦此規定アリ所謂國籍ノ回復ナルモノ是ナリ今此場合ニ於ケル國籍ノ衝突ヲ分說スレハ左ノ如シ

(イ) 甲國ノ臣民タル女子カ乙國ノ臣民タル男子ニ嫁シタルカ爲メニ乙國ノ國籍ヲ取得シ而シテ其夫ノ死亡後又ハ離婚後甲國ノ國籍ヲ回復シ猶ホ乙國ニ於テ國籍ヲ保有スル場合アリ又寡婦或ハ離婚婦ノ國籍ノ回復ハ獨逸、奧地利、北米、合衆國等少數ノ國ヲ除ク外之ヲ認メサルモノナシ然ルニ數多ノ國ニ於テハ寡

婦又ハ離婚ノ婦カ舊本國ノ國籍ヲ回復スルモ之ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メス是ニ於テカ國籍ノ衝突ヲ生スヘシ

(ロ) 婚姻ニ因リ甲國ノ國籍ヲ喪失シ夫ノ本國タル乙國ノ國籍ヲ取得シタル妻カ夫ノ死亡後甲國ノ國籍ヲ回復シタルトキ其未成年ノ子ハ當然甲國ノ國籍ヲ取得スルコトアリ或ハ母ノ申述ニ依リ甲國ノ國籍ヲ取得スルコトアリ此場合ニ乙國ノ法律カ右ノ未成年者ヲ以テ猶ホ自國ノ臣民ト看做ストキハ國籍ノ衝突ヲ生スヘシ

(己) 住居ニ因ル國籍ノ衝突 南米諸國殊ニ「ブラジル」「ヴェネチア」等ノ法律ニ依レハ此等ノ諸國ニ一定ノ年限間住居スル外國人ハ當然其國籍ヲ取得スルモノトス然ルニ多數ノ國(白耳義、獨逸、伊太利、英吉利、希臘、和蘭、墨西哥、阿加利等)ニ於テハ右ノ事實ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メサルカ故ニ忽チ國籍ノ衝突ヲ來スヘシ

往時ニ於テハ外國人カ國內ニ來リ住スルトキハ之ヲ自國ノ臣民ト看做セシ例尠シトセス例ヘハ奧地利ノ如キ是ナリ同國ニ於テハ千八百三十三年以前ニ於

テ十箇年間同國ニ住居スル者ハ同國ノ國籍ヲ取得シタリ西班牙ニ於テハ千八百七十年前以前ハ一定ノ期間自國ニ住居スル外國人ヲ自國ノ臣民ト看做シタリ然ルニ今日ニ於テハ右ニ例示セシ如ク僅少ノ國ニ於テ此主義ヲ實行スルカ故ニ此主義ニ基因スル國籍ノ衝突ハ上述セシ種種ノ原因ノ如ク多カラス左ニ國籍衝突ノ豫防手段ヲ説明スヘシ今日歐洲諸國ニ於テハ國籍衝突ノ豫防手段ヲ設クル例尠ナラス今左ニ之ヲ列舉スヘシ

第一 出生ニ因ル國籍ノ衝突ノ場合

英米二國ハ血統主義ト生地主義トヲ併用スル國ナルカ故ニ從來國籍ノ衝突ヲ患ヒタルコト屢之アリ是ニ於テカ近來二國ニ於テハ二箇ノ方法ヲ實行セリ即チ英米ノ臣民カ生地主義ヲ採ル國ニ於テ生レタル子ハ生地ニ對シテ國家ノ保護ヲ仰クコト能ハサルコト是レ一ナリ又外國人カ英米ニ於テ生ミタル子ハ父母ノ本國ニ對シテ英米ノ保護ヲ受クルコトヲ得サルコト是レ二ナリ英國ハ此方法ニ依リ南米諸國トノ間ニ生スル國籍衝突ヲ防クコトヲ得タリ西班牙モ亦南米諸國ニ對シ國籍衝突ノ紛議ヲ生センコトヲ恐レ英國ノ爲ス所ニ倣ヘリ即

チ南米諸國トノ條約ニ依レハ同國ニ生レタル西班牙人ノ子ハ西班牙人ト看做サルルモノトス又千八百六十三年西班牙カアルジャンチン國ト締結シタル條約ニ依レハ西班牙人カアルジャンチンニ於テ生ミタル子ノ國籍ニ付テ問題ヲ生シタルトキハ其問題ヲ生シタル國ノ法律ニ依リテ國籍ヲ定ム故ニ西班牙ニ於テ問題ヲ生シタルトキハ西班牙人ニシテアルジャンチンニ於テ問題ヲ生シタルトキハアルジャンチン人ナリ然ルニ千八百六十四年新ニ法律ヲ制定シ生地主義ノ國ニ生レタル西班牙人ハ生地主義ノ國籍ヲ取得スルコトヲ爲レリ日本國籍法並ニ法例其他日本ノ法律ハ總テ出生ニ基因スル國籍ノ衝突ニ付キ豫防ノ手段ヲ設ケス是レ一ノ缺點ナリトス

佛國ニ於テハ南米諸國ト國籍ノ衝突ニ關スル紛議ヲ避ケンカ爲メニ法律ヲ改正スヘシトノ說一時熾ナリシニ依リ千八百五十八年調査會ヲ設ケテ此問題ヲ研究セリ然レトモ調査會ハ遂ニ法律改正ノ必要ナキコトヲ決議セリ千八百七十三年佛國政府ハ各國ニ駐在スル佛國ノ公使並ニ訓令ヲ發シ兵役ヲ忌避スル佛國人ニハ外國ニ於テ保護ヲ與フヘカラサル旨ヲ命セリ

第二 生後ノ事實ニ因ル國籍ノ衝突ノ場合

英國ノ舊制ニ依レハ自國ニ歸化シタル外國人ニ付テハ其本國ニ對シテ之ヲ保護セス(即チ之ヲ英國人ト看做サス)又外國ニ歸化シタル英國人ニ付テハ歸化國ニ向テ之ヲ保護セス(即チ之ヲ英國人ト看做サス)此ノ如クシテ英國ハ國籍ノ衝突ヲ救済スルコトヲ得タリシカ千八百七十年ニ至リ右ノ方法ハ全ク無用ト爲ルニ至レリ何トナレハ同年制定シタル法律ニ依レハ外國ニ歸化シタル英國人ハ英國ノ國籍ヲ失ヘハナリ

米國モ亦千八百五十八年以前ハ英國ノ例ニ倣ヒシカ(ライト)カ伯林駐劄ノ公使ト爲ルニ及ヒテ從來ノ主義ヲ一變シ米國ニ歸化シタル外國人ヲ其本國ニ對シテ保護スルニ至レリ而シテ此見解ハ「パンクロフト」條約ニ依リテ實行セラルルニ至レリ例ヘハ千八百六十八年亞米利加、墨西哥條約千八百六十九年英、米條約千八百七十年埃米條約千八百七十二年丁、米條約ノ如キ是ナリ

國籍ノ衝突ヲ防カンカ爲メ埃、太利、諾威、瑞、西、墨、西、哥、諸國カ外國ト締結シタル條約ニ依レハ此等諸國ノ國籍ヲ喪失スルニハ歸化國ニ於テ五年間住居スルコト

ヲ要ス然ルニ丁、英條約ニ依レハ歸化ノ一事實ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メ住所ノ如何ヲ問ハス日本國籍法モ亦同シ(國籍法第五條第五號)

佛國ハ以上ノ諸國ニ反シ米國ノ政策ニ服セス今日ニ至ルマテ從來ノ主義ヲ嚴守セリ之ニ反シ獨逸ハ自國ニ歸化セル外國人ニ付テハ全ク英國ノ舊例ニ倣ヘリ即チ此外國人ニシテ從來ノ國籍ヲ保有スルニ於テハ其本國ニ對シテ之ヲ保護セス千八百七十二年日本、土耳其、支那等ニ駐在セル獨逸領事ニ與ヘタル訓令ノ趣旨是ナリ獨逸ハ他ノ諸國ニ對シテモ實際上此方針ヲ採レリト云フ

國籍ノ衝突ハ犯罪人引渡ニ大關係アリ例ヘハ獨白、日、佛、伊、和、露等ノ諸國ニ於テハ自國ノ臣民ヲ引渡ササル主義ヲ採レリ而シテ此等ノ諸國ニ於テハ引渡ヲ請求セラレタル犯罪人ハ他ニ國籍ヲ有スルヤ否ヤヲ問ハス然ルニ犯罪人カ其引渡請求後始メテ自國ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ於テハ議論アリ日本ノ實際ハ未タ之ヲ知ラサレトモ獨逸ニ於テハ此場合ニモ引渡ノ請求ヲ拒絕セリ白耳義、和、蘭、佛、國、伊、太、利等皆然リ之ニ反シ千八百七十二年英、巴、條約千八百七十六年英、佛條約千八百七十三年英、伊條約千八百七十七年獨、白條約等ノ如キハ犯罪人

ヲ引渡スノ主義ヲ探レリ

以上ハ各國ノ實例ナレトモ左ニ學說ヲ紹介スヘシ

從來ノ學者ハ國籍衝突ノ豫防方法トシテ二箇ノ考案ヲ提出セリ一ハ即チ各國カ孰レモ血統主義ヲ採ルヘキコト一ハ外國ノ國籍取得ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認ムヘキコト是ナリ第一ノ考案ハ今日ノ實際ニ照シテ到底實行シ得ヘカサル議論ナレトモ第二ノ考案ニ至リテハ諸國ニ於テ之ヲ採用シタル例尠ナラス又ワイズノ如キハ國籍喪失者ニアラサレハ內國ニ歸化ヲ許スヘカラストノ說ヲ唱フルモ「パール」ハ之ヲ駁シテ曰ク此ノ如クンハ各國ノ偏狹ニシテ私利ノミニ汲汲タル却テ移住ヲ制限シ以テ間接ニ歸化ヲ難カラシムヘシト然レトモ「ワイズ」ノ說ハ之ヲ採用セシ例尠カラス日本國籍法ノ如キ即チ是ナリ

國籍衝突ノ豫防ヲ定ムルハ條約ニ若クハナシトノ議論ヲ唱フル者アレトモ愈條約ヲ締結スルトスルモ孰レノ方法ヲ採用スヘキヤノ議論ヲ生スヘキカ故ニ之ヲ實行スルコト困難ナルヘシ蓋シ豫防手段ニ付テハ今日學者間ニ定説ナキヲ以テ條約ヲ議スルニ當リテモ容易ニ決議ヲ爲スコト能ハサルナラン例ハハ伊

太利政府ハ嘗テ諸外國ニ移牒シテ國籍問題ヲ討議スルカ爲メニ國際會議ヲ開カントスル旨ヲ申込ミニ智利政府ハ回答シテ曰ク弊國ニ於テハ憲法ヲ以テ國籍ヲ規定セルカ故ニ貴論ニ應シ難シト蓋シ國籍衝突ノ豫防ハ今日其方法ヲ一定スルコト頗ル難シト雖モ各國ハ孰レモ國籍ノ衝突ニ苦ムカ故ニ將來良好ノ方法ヲ發見スルニ於テハ必ス之ヲ採用スルニ至ルヘキヤ明カナリ然ラハ法理上如何ナル方法ヲ正當ノモノト爲スカ是レ予輩カ研究セント欲スル所ナリ

「アルンテユリー」考案ニ依レハ國籍衝突ノ場合ニハ住所ノ存スル國ヲ以テ本國ト看做スヘシト例ヘハ日本人タル父母カ「ヴェネチエ」ニ於テ生ミタル子ハ日本及ヒ「ヴェネチエ」ニ國ノ國籍ヲ併有スルヲ以テ若シ「ヴェネチエ」ニ住所ヲ有スルトキハ同國ノ國籍ニ優先權ヲ與フヘキモノトス然ルニ「アルンテユリー」ノ說ニハ一ノ缺點アリ即チ日本及ヒ「ヴェネチエ」ノ二國ニ住所ヲ有セサルトキハ孰レノ國籍ヲ標準ト爲スヘキヤ又二國ニ住所ヲ有スル場合ニ於テモ同一ナリ是ニ於テ「ワイズ」ハ國籍ノ衝突ニ付キ問題ヲ生シタル地ノ立法主義ニ最モ能ク類似セル國ノ國籍ヲ認ムヘシト云ヘリ此說亦完全ナラス例ヘ

ハ日本ノ法廷ニ於テ獨逸二國ノ國籍ヲ有スル者ノ國籍ノ問題ヲ生シタル場合ニ於テ獨逸二國ノ立法主義カ孰レモ日本ノ立法主義ニ類似スルカ故ニ日本ノ裁判官ハ孰レノ國籍ヲ認ムヘキヤ要スルニ「ワイス」ノ說ハ血統主義ト生地主義カ衝突シタル場合ニ適用スルコトヲ得ルモ血統主義カ互ニ衝突シタル場合ニハ適用スヘカラス

又「パール」ハ一ノ考案ヲ提出シテ曰ク國籍衝突ノ場合ニ各本國ハ其國境內ニ於テハ自國ノ國籍ニ優先權ヲ與フルコトヲ得ルモ第三國カ當事者ノ國籍ヲ定ムルハ一ニ箇人カ移住自由ノ原則ニ依リ選定シタル所ニ從フヘシ即チ第三國ノ爲メニハ箇人カ最後ニ選ビタル國ヲ以テ正當ノ國ナリト爲ス云云而シテ生地主義ト血統主義トノ衝突ニ付テ説明シテ曰ク生地主義ハ今日ノ時勢ニ適セサル主義ナルカ故ニ血統主義ニ讓步セサルヘカラスト然ラハ予ハ氏ニ問ハン血統主義ト血統主義ト衝突シタル場合ニハ孰レノ國籍ニ從フヘキヤ「パール」ハ此質問ニ對シテ何等ノ答辯ヲ爲スコト能ハサルヘシ

日本法例第二十七條ハ規定シテ曰ク當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其

當事者カ二箇以上ノ國籍ヲ有スルトキハ最後ニ取得シタル國籍ニ依リテ其本國法ヲ定ム但其一カ日本ノ國籍ナルトキハ日本ノ法律ニ依ル「ト」然レトモ同時ニ二箇以上ノ國籍ヲ取得シタル場合ニハ本條ニ依リテ決定スルコト能ハサルヘシ例ヘハ佛國人カ「アルジャンチン」ニ於テ子ヲ生ミタルトキハ「アルジャンチン」及ヒ佛國ノ二國ノ國籍ヲ併有スルモ其間ニ前後ノ關係ナキカ故ニ我法例ニ依リテ決定スルコト能ハサルナリ

卑說ニ依レハ生後ノ事實ニ因ル國籍ノ衝突ハ一般ノ學說ノ如ク最後ニ取得シタル國籍ニ從フヘシト雖モ出生ニ因ル國籍ノ衝突ニ付テハ國籍衝突ノ際ニ住居スル國ニ優先權ヲ與フヘキモノトス例ヘハ佛國人カ「アルジャンチン」ニ於テ子ヲ生ミタルトキハ其子ハ其出生ノ際ニ住居スル地即チ「アルジャンチン」人ト看做スヘキモノトス但シ住所ナキトキハ居所ヲ有スル國ノ國籍ニ從フヘキモノトス

(四)無籍 無籍人ハ何レノ國籍ヲモ有セサルモノニシテ學者カ消極的衝突ナル文字ヲ以テ形容スルモノ是ナリ無籍ハ今日一般ノ學者カ非難スル所ニシテ或

ハ人類ノ性質ニ背クカ故ニ不都合ナリト云フ者アリ予ハ假リニ人性違反説ト名ク或ハ國家ノ便宜上ヨリ之ヲ非難スル者アリ予ハ假リニ便宜説ト名ク人性違反説ヲ唱フル者ハ曰ク人ハ孤立シテ生存スル能ハサルモノニシテ古人カ人ヲ以テ社會的動物ト稱セシハ所以ナキニアラス而シテ社會ノ組織カ最モ能ク完備シタル者ハ即チ國家ニシテ人カ一定ノ家ニ屬スルカ如ク國家ナル大社會ニ屬スルハ其性質上固ヨリ然ルヘキモノナリト然レトモ此說服スヘカラス何トナレハ人カ社會的動物ナルコトハ爭フヘカラサル事實ナリト雖モ必スシモ國家ニ屬スル必要ナキコトハ蠻民ノ狀態ニ徴スルモ明カナリ即チ水草ヲ逐フテ居テ轉スル蠻民ノ如キハ社會ヲ組織スルニハ相違ナキモ未タ國家タル名稱ヲ下スコト能サルモノナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ人性違反説ノ正當ニアラサルコト明カナルヘシ然ルニ便宜説ニ至リテハ予ハ其論旨ノ正確ナルニ服ス蓋シ無籍人ハ國民ノ負擔ニ任セサルニ拘ラス私權上ニ於テハ國籍ヲ有スル外國人ト同一ニ取扱ハレ疾病ニ罹レハ病院ニ入レラルヘク權利ノ侵害ヲ被フレハ裁判所ニ訴フルコトヲ得ヘク加之無籍人カ貧困ニ陥リタルトキ之ヲ救助スル例亦抄

カラス無籍人ハ此ノ如ク國籍ヲ有スル外國人ト同一ニ取扱ハレ同一ノ利益ヲ享有スルニ拘ラス其所爲ニ付テハ責任ヲ負擔スヘキ本國ナキカ故ニ外國ニ追放セントスルモ之ヲ收受スル國家ナシ又外國ト戰爭ヲ開始スル場合ニ於テモ無籍人ハ交戰國ノ臣民ニモアラス局外中立國ノ臣民ニモアラルヲ以テ其臣民ニ附著スル義務ヲ免除セラルヘシ凡シ此等ノ事實ヲ觀察スレハ無籍人ハ萬國ノ厄介物ニシテ各國カ從來無籍人ノ問題ヲ研究スルハ謂レナキニアラサルナリ今無籍人ヲ生スル原因ヲ舉クレハ左ノ如シ

第一 出生 血統主義ヲ採ル國ニ於テハ無籍人ナル父母ノ子ハ同シク無籍人ナリトス例ヘハ日本、獨逸、奧地利、匈牙利、瑞西等はナリ

第二 准嫡 例ヘハ獨逸ノ法律ニ依レハ獨逸人タル私生子カ無籍人ナル父ヨリ准嫡セラレタルトキハ國籍ヲ喪失スヘシ故ニ右私生子ハ此場合ニ無籍人トナルヘシ

第三 任官 今日歐羅巴ニ於テハ政府ノ許可ヲ得スシテ外國ノ官吏又ハ公吏ト爲リタル者ハ國籍ヲ喪失スル規定ヲ設クル例尠カラス例ヘハ佛國ノ如キ是

ナリ故ニ任官ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メサル國ノ官吏ト爲ラタル佛國人ハ無籍人ト爲ルヘシ

第四 時効 時効ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認ムル國アリ然ルニ外國人カ數年間住居スルモ之カ爲メニ其國ノ國籍ヲ取得スルコト能ハサルハ今日多數ノ國ニ於ケル制度ナリトス例ヘハ獨逸ノ法律ニ依レハ時効中斷ノ手續ヲ履マスシテ十年以上外國ニ住居スル者ハ之カ爲メニ獨逸ノ國籍ヲ喪失スヘシ故ニ獨逸人カ右期間日本ニ於テ住居シタルトキハ無籍人ト爲ルヘシ

第五 婚姻 婦女カ婚姻ニ因リテ國籍ヲ喪失スルハ多數ノ國ニ於テ認ムル實例ナリトス然ルニ婚姻ニ因リテ外國ノ婦女ニ國籍ヲ取得セシメサル例又之ナキニアラス故ニ此等ノ國ノ男子ニ嫁シタル外國ノ婦女ハ無籍人ト爲ルヘシ以上ハ無籍人ヲ生スル原因ノ一般ヲ示シタルモノニシテ尙ホ此他ニ種種ノ原因アルモ今一々之ヲ説明セス

各國ニ於テ無籍人ヲ處分スル實際ノ狀況如何獨逸諸國ニ於テハ千八百五十一年無籍人ノ數ヲ減セシムルカ爲メニ左ノ如キ條約ヲ締結セリ曰ク五年以上國內ニ

住居スル成年者又ハ六週間以上國內ニ住居スル夫婦又ハ國內ニ於テ結婚シ若クハ生レタル者ハ其國ノ臣民タルヘシト

日本國籍法モ亦近世ノ學理ニ鑑ミ可及的無籍人ヲ豫防スル方法ヲ採用セリ例ヘハ第七條第十三條第十五條第二十一條等はナリ其他第四條ハ規定シテ曰ク「日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス」ト

佛國ニ於テハ千八百五十一年新ニ法律ヲ制定シ佛國ニ於テ生レタル男子カ同國ニ於テ生ミタル子ハ佛國人ナリト規定シ而シテ一方ニ於テハ成年後一年以內ニ佛國ノ國籍ヲ拋棄スルコトヲ許シタリ然ルニ千八百七十四年ノ法律ニ依レハ血統上ノ國籍ヲ現ニ有スル旨ヲ證明スルニアラサレハ佛國國籍ノ拋棄ヲ許サス而シテ千八百八十九年ノ改正法ニ依レハ佛國ニ生レタル外國人カ同國ニ於テ生ミタル子ハ佛國人タリ又成年ノ際佛國ニ住居スル外國人カ同國ニ於テ生ミタル子ハ成年後一年內ニ佛國ノ國籍ヲ拋棄シ且ツ父母ノ國籍ヲ有スル旨ヲ證明セサルトキハ佛國人タルヘシ此規定ニ依リテ幾分カ無籍人ノ發生ヲ

豫防スルコトヲ得タリ

甲國ノ國籍ヲ喪失シ而シテ未タ乙國ノ國籍ヲ取得セサルカ爲メニ無籍人タルトキハ國際上如何ニ之ヲ處分スヘキヤ即チ何レノ國ノ臣民ト認ムヘキヤノ問題ニ付キ一ノ先例アリ露西亞ノ臣民カ南米ニ移住セントスルトキ起リタル實例ニシテ所謂「サラト」事件ト稱スルモノ是ナリ此實例ニ依レハ從來ノ國家ニ屬スヘキモノト看做セリ即チ當時露西亞ノ國籍ヲ喪失シタル移民ヲ露西亞政府ハ其臣民トシテ國內ニ收容セリ

無籍人豫防ノ方法ニ付キ學者ノ主張スル所ヲ聞クニ多クハ外國國籍ノ取得ヲ以テ內國國籍喪失ノ原因ト認ムヘシト云ヘリ即チ外國ノ國籍ヲ取得シタル內國臣民ニ限リ內國ノ國籍ヲ失ハシムヘシト云フニ在リ然レトモ此說ヲ各國カ採用スルノ日ハ今日之ヲ豫知スヘカラス但シ此說ヲ實際ニ採用シタル例ハ往々ニシテ是アリ

國籍不分明ナル者ハ實際上無籍人ト同一ニ取扱ハル然レトモ「ブルンチユリ」如キハ本人カ現ニ住所ヲ有スル國ノ臣民ト看做スヘシト云ヘリ此說正當

ナランカ但シ住所ヲ有セサル場合又ハ二箇以上ノ住所ヲ有スル場合ニ於テハ居所ヲ有スル國ノ臣民ト看做スヘキモノトス千八百六十九年土耳其國籍法第九條ニ曰ク「土耳其國ニ住スル者ハ其外國人タルコトヲ適法ニ證明スルマテ之ヲ土耳其ノ臣民ト看做シテ取扱フヘシ」又千八百五十二年瑞西法律ニ依レハ聯邦内ニ住居スル無籍人ハ住居國ノ國籍ヲ取得ス

(五) 國籍ノ確定 國籍ノ確定ニ付テハ特別ノ機關ヲ設ケテ之ヲ司ラシムル制度アリ又ハ問題ノ生シタル裁判所又ハ行政廳ニ於テ之ヲ確定スル制度アリ第一ノ制度ハ佛國及ヒ奧太利ニ行ハル所ニシテ第二ノ制度ハ日本其他多數ノ國ニ行ハル所ナリトス而シテ第一ノ制度ヲ採ル國ニ於テモ佛國ト奧太利トハ全ク其趣ヲ異ニス即チ佛國ニ於テハ通常裁判所ニ於テ國籍ノ確定ヲ司ル治安裁判所又ハ行政裁判所ニ議員選舉又ハ兵役ノ訴訟等ヲ提起シタル場合ニ國籍ヲ確定スル必要アルトキハ通常裁判所ニ國籍確定ノ訴ヲ提起シ其判決アルマテ裁判ヲ中止ス嘗テ外國ノ軍隊ニ投シタルカ爲メ佛國ノ官職ト恩給ノ權利トヲ失ヒタル一士官アリシカ佛國ノ參事院ニ國籍確定ノ訴ヲ起セシニ參事院

ハ之ヲ管轄達ナリトシテ通常裁判所ニ之ヲ移シタルコトアリ而シテ國籍ノ裁判ヲ司ル通常裁判所ハ民事訴訟法ニ依リテ定マルモノトス然ルニ同國ノ制度ハ論理ヲ一貫セサルノ點アリ即チ刑事裁判所ニ公訴ヲ提起シタル場合ニ被告人ノ國籍ヲ確定スル必要アルトキハ刑事裁判所ニ於テ犯罪人ノ國籍ヲ確定スルコトヲ得ルコト是ナリ

佛國ニ於テ裁判所カ國籍ノ確定ヲ司ル理由ハ左ノ如クナルヘシ即チ同國ニ於テハ國籍ヲ以テ一ノ身分ト爲シ親族又ハ財産上ノ問題ト同シク民事ノ性質ヲ有スルモノト看做スニ因ル其他裁判官ハ行政官ニ比シ法律ノ智識ヲ備フルノミナラス國籍ノ問題ヲ確定スルカ爲メニハ往往外國ノ法律ヲ知ルノ必要アルコトモ亦行政官ヲシテ之ヲ確定セシメサル原因ナルヘシ而シテ佛國ノ議會ニ於テハ往往議員ノ資格ヲ審查スル必要ヲ生シタルトキ議會ニ於テ其國籍ヲモ併セテ裁判スル例アレトモ此裁判ハ議會以外ニ於テ何等ノ效力ヲ有スルモノニアラス國籍證明書又ハ旅行券ノ如キハ國籍ヲ確定スル方法ト爲ラス
奧太利ノ制度ハ國籍ノ確定ヲ司ル行政廳ヲ特ニ設置シ此官廳ニ於テ爲シタル

決定ハ他ノ官廳及ヒ裁判所ヲ驅束スルモノト爲ス之ニ反シテ日本其他多數ノ國ニ於テハ國籍確定ノ必要ヲ生シタル裁判所又ハ行政廳カ職權上之ヲ決定スルモ其決定ハ他ノ官廳ヲ驅束セス

以上佛奧二國ノ制度ヲ比較スルニ佛國ノ制度ヲ以テ優レリト爲ス何トナレハ佛國ノ學者カ謂ヘル如ク行政官ハ裁判官ニ比シテ法律ノ智識ニ乏シケレハナリ而シテ我國其他諸國ニ於テ國籍確定ノ爲メニ特別機關ヲ設ケサルハ頗ル危險ナリト云フヘシ即チ一國內ニ於テ國家ノ機關ハ國籍ノ確定ニ付キ一定スルコトナクシテ種種ニ決定ヲ爲スノ恐アレハナリ

(六) 國籍取得ノ時期 出生ニ因リ父母ノ國籍ヲ取得スル時期ハ懷胎ノ時ナルカ將タ出生ノ時ナルカ此問題ニ付キ歐洲大陸ノ學者ハ主張シテ曰ク懷胎ニ因リテ親子ノ關係ヲ發生スルカ故ニ血統ヲ基礎トシテ國籍取得ノ主義ヲ定ムル國ニ於テハ懷胎ノ時ニ父母ノ國籍ヲ取得シタルト解釋セサルヘラスト之ニ反シ出生ノ時ニ父母ノ國籍ヲ取得シタルト說ヲ唱フル者ハ曰ク國家ト箇人トノ關係ハ出生以前ニ起ラサルモノナリ蓋シ國家ハ胎兒ヲ統御スル必要ナシ

胎兒モ亦國家ノ保護ヲ受クルノ必要ナケレハナリト又曰ク實際上ヨリ云フモ出生ノ時期ハ容易ニ之ヲ知リ得ルモ懷胎ノ時期ハ之ヲ知ルヲ得サルカ故ニ國籍取得ノ時期ハ出生ノ時ナリト云フヘト其他佛國ノ學者中左ノ如キ說ヲ爲ス者アリ曰ク生子ノ父又ハ母カ懷胎ノ時又ハ出生ノ時ニ佛國人ナルトキハ其子モ佛國人ナリト即チ此說ニ依レハ出生ノ時ニテモ將タ懷胎ノ時ニテモ佛國ノ國籍ヲ取得スルニ便利ナル時ヲ標準ト爲スモノナリ此說ノ唱道者ハ少數ニシテ其論據モ鞏固ナラス又出生說ヲ採ル學者中ニモ(殊ニ佛國羅馬法以來一般ニ行ハルル胎内ノ子ト雖モ其利益ヲ保護スル場合ハ既ニ出生シタルモノト看做スヘシトノ原則ヲ根據トシテ說ヲ立ツル者アリ然リト雖モ此說ハ左ノ駁撃ヲ受ケタリ曰ク子ニ利益アル場合ニハ佛國人ト爲リ子ニ不利益ナル場合ニハ外國人ト爲ル結果ヲ生スヘシ且ツ如何ナル場合ニ子ニ利益アリト看做スヘキヤ否ヤノ問題ヲ決定スルハ容易ノ業ニアラス此ノ如ク種種ノ學說アレトモ出生ノ時ヲ以テ標準ト爲スハ各國ノ法律ニ於テ多ク明記スル所ナリ日本國籍法ノ如キ即チ是ナリ

(七) 國籍ノ效果 國籍ノ效果トハ自國ノ臣民トシテ享有スルコトヲ得ル利益又ハ負擔ニシテ外國人ノ享有シ若クハ負擔スルコト能ハサル所ノモノナリ今左ニ其主要ナル效果ヲ列舉スヘシ

第一 外交上ノ保護 外國ニ在留スル自國ノ臣民カ外國政府ノ爲メニ權利ヲ侵害セラレタル場合ニ内國政府カ與フル所ノ保護ハ即チ外交上ノ保護ニシテ自國ノ臣民ニ限リ之ヲ與フヘキモノトス獨逸憲法ノ如キハ獨逸國ノ臣民ハ此保護ヲ受クル權利ヲ有スル旨ヲ明言セリ北米合衆國ニ於テハ外國人ニ外交上ノ保護ヲ與ヘタル例數カラサルカ故ニ外交上ノ保護ハ自國臣民ノ特權ニアラスト云フ者アリ成ル程北米合衆國カ外國人ニ外交上ノ保護ヲ與フルハ事實ナリト雖モ此外國人タルハ將來同國人ト爲ルヘキ意思ヲ宣言シタル者ニ限ルカ故ニ右ノ論ハ敢テ有力ナル反對說ニアラス而シテ外交上ノ保護ハ右ニ示シタル如ク外國政府ノ行爲ニ對スル場合ニ限リ外國臣民ノ爲メニ權利ヲ侵害セラレタル場合ニ於テハ外交上ノ保護ヲ與フヘキモノニアラス即チ外國ノ當該機關ニ向テ權利侵害ノ保護ヲ求ムルハ自國臣民ノ行フヘキ所ニシテ若シ當該機關

カ救済ヲ拒ミタル場合ニ始メテ外交上ノ保護ヲ爲スヘキモノトス故ニ往往外
交上ノ保護ヲ稱シテ第二保護ト云フ者アリ蓋シ外國ノ當該機關ノ保護ニ對スル
名稱ナリトス

第二 國內ニ住居スル權利 外國人ハ公安ヲ侵害スル場合ニ之ヲ追放スルコ
トヲ得ルハ今日ノ國際法ニ於テ是認セラレタル所ナリトス然ルニ自國ノ臣民
ハ如何ナル場合ニ於テモ之ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得ス但シ近年佛露二國カ
自國ノ臣民ヲ國外ニ追放シタルコトアリシカ大ニ世上ノ非難ヲ蒙リタリ

第三 參政權 參政ノ權利ハ內國臣民ノミ享有スルヲ常態トス然ルニ近來漸
漸此狀況ヲ變スルニ至レリ例ヘハ奧太利ニ於テハ「ブレスラウ」公及ヒ「リヒト」
ンスタイン公ニ貴族院ニ列スル權利ヲ與ヘタリ又人口ノ寡少ナル南米諸國ニ
於テハ外國人ニ負フ所頗ル多キカ故ニ外國人ニ參政ノ權利ヲ與フル例尠カラ
ス其他布哇ニ於テハ千八百八十七年憲法改正ノ際外國人ニシテ歐米ニ生レタ
ル者又ハ其者ノ子ハ布哇ニ於テ參政ノ權利ヲ有スル旨ヲ定メタリ此規定タル
ヤ日布修交條約ニ牴觸スルカ故ニ兩國間ニ國際紛議ヲ生シタルコトハ普ク世

人ノ知ル所ナリ又米國ニ於テハ將來米國ノ臣民トナルヘキ意志ヲ宣言シ且ツ
一定ノ期間米國ニ住居スル外國人ニ參政ノ權利ヲ與フ之ニ反シテ自國ノ臣民
ト雖モ參政ノ權利ヲ制限セラレタル例又尠カラス例ヘハ佛蘭西及ヒ北米合衆
國ニ於テハ歸化人ニ一定ノ期間國家ノ重職ニ就クコトヲ許サス

第二節 國籍ノ取得及ヒ喪失

第一款 出生ニ因ル國籍ノ取得

第一項 汎論

人カ出生ニ因リテ取得スル國籍ヲ名ケテ固有國籍ト云フ而シテ固有國籍ヲ取
得スル主義凡ソ三アリ生地主義、血統主義及ヒ折衷主義即チ是ナリ

第一 生地主義 生地主義ハ一時歐洲ニ行ハレ英國ニ於テモ近來マテ此主義ヲ
實行セシカ今日ニ於テハ僅ニ南米諸國ニ於テ行ハルルノミ今此主義ニ依レハ
自國內ニ生レタル子ハ其父母ノ國籍如何ヲ問ハス總テ自國ノ臣民ト爲ス學者
或ハ此主義ヲ名ケテ屬地主義ト云ヒ血統主義ヲ屬人主義ト云フ者アリ今生地

主義ノ長所ヲ舉クレハ國籍ノ證明カ容易ナルコト是ナリ蓋シ自國內ニ生レタル事實ハ容易ニ之ヲ證明スルコトヲ得レハナリ然レトモ此主義ハ元來封建思想ノ結果ニシテ法律上根據ヲ缺クモノナリ今其弱點ヲ左ニ示スヘ

(一) 此ノ主義ニ依レハ一家ノ内ニ國籍ヲ異ニスル者ヲ生スルニ至ルヘシ即チ親子兄弟其生地ヲ異ニスル場合ニ各國籍ヲ異ニスルコト是ナリ而シテ國籍ヲ異ニスルトキハ一家ノ平和ヲ障害スル虞アリ

(二) 此主義ハ偶然ノ事實ニ根據スル弊アリ蓋シ封建時代ニ於テハ内外人ノ交通頻繁ナラサルカ故ニ一國內ニ生ルル者ハ大抵自國臣民ノ子ナラサルハナシ故ニ封建時代ニ於ケル生地主義ハ實際上血統主義ト殆ト異ナルコトナシト雖モ今日ニ於テハ交通ノ途益々開ケ内外人ノ交通愈々頻繁ヲ極ムルカ故ニ旅行中ニ子ヲ生ムノ事實ハ其例頗ル多シ然ルニ生地主義ハ此事實ヲ根據トシテ國籍ヲ定ムルカ故ニ永久的ノ性質ヲ有スル國籍ノ性質ニ背反スト云フヘシ此ノ如キ弱點アルニ拘ラス南米諸國カ今日尙ホ之ヲ實行スルハ全ク人口稀少ナルノ結果ナリ

第二 血統主義 此主義ニ依レハ生子ハ內國ニ生レタルト否トヲ問ハス父又ハ母ノ國籍ヲ取得スルモノニシテ例ヘハ日本人ノ子ハ何レノ國ニ於テ生ルルモ日本人ナリ蓋シ此主義ハ血統ヲ基礎トスルモノニシテ國家ノ基礎ヲ鞏固ニス

ル利益アリ隨テ此主義ヲ贊成スルモノ頗ル多シ然レトモ此主義ヲ學理上ヨリ研究スルトキハ國家成立ノ大問題ニ衝突スル虞アリ蓋シ此主義ニ依レハ生子カ例ヘハ日本人タルコトヲ證明セント欲セハ先ツ其父母ノ日本人タルコトヲ證明セサルヘカラス而シテ其父母ノ日本人タルコトヲ證明セント欲セハ又其祖父母ノ日本人タルコトヲ證明セサルヘカラス此ノ如ク漸次祖先ニ遡リテ其國籍ヲ證明スル必要アルカ故ニ結局日本人ノ祖先ハ如何ニシテ日本ノ國籍ヲ取得シタルヤ反言スレハ日本國ハ如何ニシテ成立セシヤノ問題ニ追及セサルヲ得ス然ルニ此問題ニ付テハ已ニ總論ニ於テ説明セシ如ク學者間ニ定説ナキヲ如何セン

今日血統主義ヲ採用スル國ハ獨逸、奧、太、利等ノ數國ニ過キス此ノ如ク今日此主義ヲ採用スル國ノ少キ理由ハ他ナシ生地主義ヲ或程度マテ採用スルニアラザ

レハ不便ナレハナリ例ヘハ内國ニ於テ數代引續キ生マレ且ツ住居シタル者ノ子孫ハ其實血統上内國ノ臣民タル者ト甚タ相異ナラサルニ拘ラス血統主義ノ結果内國ノ臣民ト爲ルコト能ハサルヘシ是レ實際ノ關係ニ適合セサルモノト云フヘシ故ニ近來ニ於テハ血統主義ト生地主義ヲ調和シタル所謂折衷主義ヲ生スルニ至レリ

第三 折衷主義 血統主義ハ生地主義ニ比シテ勝ル所アリト雖モ之ヲ絕對ニ實行スヘカラサルコトハ右ニ説明セシ所ナリ是ニ於テ歐米諸國ハ此二主義ヲ調和シタル折衷主義ヲ採用スルニ至レリ然ルニ折衷主義ニ二種アリ第一種ハ血統主義ヲ基礎トシテ之ニ生地主義ヲ加味シタルモノナリ此種ノ折衷主義ニ依レハ自國臣民ノ子ハ何レノ國ニ生ルモ自國臣民ニシテ外國人カ生ミタル子ハ内國ニ於テ生ルルモ外國人ナリトス(血統主義ヲ基礎トセシ點茲ニアリ)但レ自國ノ領地ニ生レタル外國人ハ簡易ノ條件ヲ以テ生地ノ國籍ヲ選擇スルコトヲ得ヘシ(生地主義ヲ加ヘタル點ハ茲ニアリ)第二種ハ生地主義ヲ基礎トシテ之ニ血統主義ヲ加味シタルモノナリ此ノ主義ニ依レハ父母ノ國籍如何ヲ問ハ

ス國家ノ領地内ニ生マレタル者ハ總テ國家ノ臣民ナリ(生地主義ヲ基礎トスル點ハ茲ニ在リ)但シ自國人カ外國ニ於テ生レタル子ハ自國人ナリ(血統主義ヲ採用セシ點茲ニ在リ)

第一種ノ折衷主義ヲ取リタル國名ヲ舉クレハ日本佛蘭西伊太利等ナリ第二種ノ折衷主義ヲ取リタル國ハ英吉利北米合衆國等ナリ今日學者ノ多數ハ血統主義ヲ基礎トスル折衷主義即チ第一種ヲ贊成セリ

第二項 嫡出子

血統主義ノ國又ハ血統主義ヲ或程度マテ採用シタル國ニ於テハ嫡出子ハ出生ニ因リ當然父母ノ國籍ヲ取得ス然ルニ父母カ國籍ヲ異ニスルトキハ嫡出子ハ父母何レノ國籍ヲ取得スヘキヤノ問題ヲ生ス之ニ付テハ議論アリ父母カ國籍ヲ同シウスルハ普通ノ例ナレトモ亦其例外少カラス例ヘハ日本國籍法ニ依レハ日本ニ歸化シタル外國人ノ妻ハ從來ノ國籍ヲ保存スルコトヲ得ヘシ又日本ノ國籍ヲ喪失シタル者ノ妻ハ夫ノ國籍ヲ取得セサル場合ニ於テハ仍ホ日本人タ

リ又佛國民法ニ依レハ外國人ニ嫁シタル佛國ノ婦女ハ夫ノ國籍ヲ取得セサル場合ニ於テハ仍ホ佛國人タリ此ノ如ク國籍ヲ異ニスル夫婦間ニ子ヲ生シタルトキハ如何我國籍法ノ如キハ父ノ國籍ヲ取得スヘキ旨ヲ定メタリ又白耳義ノ「ローラン」氏ノ如キハ生子ノ選擇ニ任スヘシト謂ヘリ然レトモ此說ニ依ルトキハ生子カ國籍ヲ選擇スルニ至ルマテハ何レノ國籍ヲ有スルヤ甚タ曖昧ナリ尤モ「ローラン」氏ハ後モ其說ヲ取消シタリ

血統主義ヲ全然若クハ或程度マテ採用シタル國ニ於テハ我國籍法ト同一ノ規定ヲ爲セリ其理由ニ至リテハ學者ノ説明一ナラスト雖モ父ハ法律上子ヲ代表スルノミナラス父ハ子ノ婚姻ニ承諾ヲ與ヘ子ハ父ノ姓ヲ稱スル等ノ點ヨリ觀ルモ父子ハ全ク其利害ヲ同シクスルモノニシテ血統上ヨリ言ヘハ父母ノ間ニ差等ナキモ子ニ對スル法律上ノ關係同一ナラサルカ故ニ父ノ國籍ニ從フナリトノ說ハ右ノ理由ト看ルコトヲ得ヘシ

以上ハ父母カ國籍ヲ有スル場合ナレトモ父カ國際無籍人ナルトキハ其子ハ父ノ如ク無籍人ナルカ道理上ヨリ言ヘハ無籍人ニハ相違ナキモ無籍人ハ國家ノ

便宜ニ反スルカ故ニ母ノ國籍ニ從ヘシムルヲ可トス我國籍法第三條ハ此場合ヲ規定シテ父カ國籍ヲ有セサル場合ニ於テ母カ日本人ナルトキハ其子ハ日本人ト爲セリ

嫡出子ハ出生ノ時ニ於ケル父ノ國籍ヲ取得スルコト右ニ説明スルカ如シト雖モ若シ出生ノ際已ニ父カ死亡シタルトキハ如何抑モ父ハ死亡ニ因リテ國籍ヲ喪失シタルカ故ニ嫡出子ハ父ノ國籍ヲ取得セントスルモ得ヘカラス然ラハ母ノ國籍ヲ取得スヘキヤ「ゴゴルダン」曰ク父ノ死亡ニ因リテ婚姻ヲ解消セル後三百日以後ニ生マレタル子ト雖モ父カ最終ニ有シタル國籍ヲ取得スヘシト「ワイ」ス之ヲ許シテ曰ク予ハ此說ニ疑ナキヲ得ス何トナレハ父ノ死亡並ニ生レタル子ハ父ノ血統ト母ノ血統トヲ混有スルカ故ニ何レノ血統ニ依リテ子ノ國籍ヲ定ムルヤノ疑問ヲ生シタル場合ニ子輩カ父ノ國籍ニ從フヘシト爲スハ法律カ父ニ子ヲ保護シ其利益ヲ管理センコトヲ託スレハナリ然ルニ父カ有スル此等ノ權利義務ハ父ノ死亡ニ因リテ消滅シタルモノニシテ子ハ出生ノ際母ノ血統ヲ有スルノミ然ラハ母ノ國籍ヲ取得スルハ誠ニ正當ナリト予ハ「ワイ」スノ說ヲ

贊成ス然ルニ我國籍法第一條ハ父カ死亡ノ時日本人ナリシトキハ子モ亦日本人ナリト規定セリ千八百九十六年國際法協會ノ決議モ亦然リ

第三項 私生子

父母カ私生子ヲ同時ニ認知シタル場合ニ於テハ私生子ハ父ノ國籍ヲ取得スヘキヤ又ハ母ノ國籍ヲ取得スヘキヤ此點ニ付テハ二箇ノ學說アリ獨逸其他羅馬法系ノ國ニ屬スル學者ハ母ノ國籍ニ依ルヘシト謂ヘリ之ニ反シテ佛國法系ノ國ニ屬スル學者ハ父ノ國籍ニ依ルヘキモノナリト說明セリ佛國學者ノ理由トスル所ハ父ハ母ニ比シテ法律上子ト密著ノ關係ヲ有スト謂フニ在リ我國籍法モ亦此說ヲ認メタリ(國籍法第六條)

父母ノ一方ノミ私生子ヲ認知シタル場合ニ於テハ認知者ノ國籍ヲ取得スルヲ例トス然ルニ父母ノ一方カ認知シタル後更ニ他ノ一方カ認知ヲ爲セタルトキハ何レノ國籍ヲ取得スヘキヤ殊ニ母カ先ニ認知シ而シテ後ニ父カ認知ヲ爲セタル場合ニ父ノ認知ハ私生子ノ國籍ヲ變更スヘキヤ否ヤニ付テハ議論アリ然

レトモ父ナルト將タ母ナルトヲ問ハス先ニ認知シタル者ノ國籍ニ從フヘシトノ說多數ナルカ如シ蓋シ認知ニ因リテ國籍ヲ屢變更スルトキハ子ノ爲メニ不利益ノ結果ヲ生スルニ至ルヘケレハナリ我國籍法ハ此說ニ從ヒ先ニ認知シタル者ノ國籍ニ從フヘキ旨ヲ規定セリ(國籍法第六條)

認知ニ因リ私生子ノ國籍ヲ定ムル標準ハ懷胎ノ時ニ於ケル認知者ノ國籍ナルカ將タ私生子出生ノ時ニ於ケル認知者ノ國籍ナルカ抑モ又認知ノ當時ニ於ケル認知者ノ國籍ナルカニ付テハ議論ヲ生セリ然レトモ先ニ國籍取得ノ時期ヲ論スルニ當リテ一般ニ說明シタル如ク現今ニ於テハ出生說ハ懷胎說ニ比シ廣ク行ハルル所ナリ但シ認知ノ當時ニ於ケル認知者ノ國籍ヲ標準トスル說亦尠カラス我國籍法ノ如キ即チ是ナリ然レトモ認知ノ性質タルヤ既存ノ事實ヲ認ムルニ過キス即チ被認知者ヲ以テ認知者ノ實子ナリト承認スルモノニ外ナラサルカ故ニ被認知者ノ國籍ヲ取得スル理由ハ認知ノ當時ニ存スルニアラスレヲ認知以前ニ存スルモノト謂フヘシ果シテ然ラハ我國籍法ノ規定ニ付テハ疑ナキヲ得ス

認知ニ因リ國籍ヲ取得スルハ未成年者ノ場合ニ限ルモノナルヤ或ハ成年者ノ國籍ニモ影響ヲ及ホスヤノ問題ニ付テハ佛國ノ學者ハ成年者ニ及ハス結訟スル者多シ我國籍法モ亦此說ヲ採用セリ今佛國ニ於ケル學說ヲ舉クレハ其少數ノ論者ハ認知ハ出生ニ因リテ取得スヘキ國籍ヲ確定スルモノナルカ故ニ成年者ノ國籍ニモ影響ヲ及ホスヘシト曰ヒ之ニ反シテ多數ノ學說ハ成年者ハ已ニ獨立スルモノナルカ故ニ其國籍ニ影響ヲ及ホスヘカラスト論セリ我國籍法並ニ佛蘭西民法ハ蓋シ後述ノ理由ニ基クモノナラン

無効ナル婚姻又ハ取消サレタル婚姻ニ因リテ生レタル子ハ私生子ナレトモ姦通又ハ親族相姦等ノ犯罪ニ因リテ生レタル子ノ身分ニ付テハ各國ノ規定同シカラス或ハ全ク親族關係ヲ否認スルモノアリ或ハ之ヲ是認スルモノアリ又此等ノ犯罪ニ因リテ生レタル子ノ國籍ニ關スル規定同シカラス我國籍法ニ於テハ犯罪ニ基因スル私生子ト普通ノ私生子トノ間ニ區別ヲ設ケス

第四項 父母ノ分明ナラサル子

父母ノ分明ナラサル子ハ血統主義ニ依リテ父母ノ國籍ヲ取得スルニ由ナシ是ニ於テ其子ノ國籍ハ何レノ國ニ屬スルヤノ問題ヲ生セリ此點ニ付キ佛國ニ於テハ二說アリ第一說ニ依レハ佛國ニ生レタル者ハ概ネ佛國人ノ子ナルカ故ニ反對ノ證據ナキ以上ハ父母ノ分明ナラサル子ハ佛國人ノ子ナリト推定スルコトヲ得ヘシト第二說ニ依レハ生子カ佛國人タルカ爲メニハ其父母ノ佛國人タルコトヲ證明セサルヘカラス故ニ此證明ナキトキハ外國人ノ子ナリト推定スルコトヲ得ヘシト要スルニ此二說ハ單ニ舉證問題ニ歸スルモノナレトモ予ハ多數ノ事實ヨリ打算セテ第一說ノ正當ナルコトヲ信ス佛國ニ於テハ千八百八十九年ノ改正民法ヲ以テ第一說ヲ採用シ其第八條ニ於テ分明ナラサル父母又ハ國籍不明ナル父母ヨリ佛國ニ於テ生レタル子ハ佛蘭西人ナリト規定セリ我國籍法モ亦其第四條ニ規定シテ曰ク「日本ニ於テ生レタル子ノ父母カ共ニ知レサルトキ又ハ國籍ヲ有セサルトキハ其子ハ之ヲ日本人トス」ト

日本佛蘭西白耳義希臘伊太利葡萄牙等ノ法律ニ依レハ父母ノ不明ナル子ハ其國ノ國籍ヲ取得スルニハ同國ニ生レタル確證アルヲ要スレトモ埃太利諾威

ルガリヤ等ノ法律ニ依レハ唯其國ニ於テ發見シタル一事ヲ要スルモノトス其理由トスル所ハ發見地ハ生地ト推定スルコトヲ得ヘシト謂フニ在リ

國籍不明ナル父母ノ子ヲ父母ノ分明ナラサル子ト同視スル例尠カラス例ヘハ日本佛蘭西墨西哥コンゴ葡萄牙等ノ如キ是ナリ此規定タルハ血統ノ推定ヨリ出タルモノトセハ予輩疑ナキヲ得ス何トナレハ無籍人タル父母ハ日本人ニアラスシテ廣義ノ外國人ナリ之ニ反シテ父母ノ分明ナラサル子ハ概テ日本人ノ子ナレハナリ是ニ於テカ我國籍法第四條ノ精神ニ付キ二箇ノ解釋ヲ生シタリ甲說ニ依レハ同條ハ生地主義ヲ採用シタルモノナリト之ニ反シテ乙說ニ依レハ血統ノ推定ヨリ出タルモノナリト「ワイス」如キハ右ノ規定ト同一ナル學說ヲ説明シテ血統上ノ推定ニ出タルモノナリト曰ヘリ予輩ハ此說ヲ以テ正當ナリト信ス

第二款 生後ノ事實ニ因ル國籍ノ取得

第一項 養子縁組

今日各國ニ行ハルル一般ノ例ニ依レハ養子縁組ハ國籍ニ影響ヲ及ホササルモノトス殊ニ獨逸ノ法律ハ此事ヲ明言セリ今獨逸學者ノ著書ニ就キ之ヲ見ルニ未タ此理由ヲ説明シタルモノナシ唯獨逸國籍法案ノ理由書ハ之ヲ説明シテ曰ク從來獨逸諸國ニ於テハ養子縁組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メタル例頗ル尠キカ故ニ同法案ニ於テモ養子縁組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メサル旨ヲ規定セリト然レトモ此説明ノミニテハ何カ故ニ獨逸國籍法案起草者カ多數ノ例ニ依ルヘキ必要ヲ感シタルヤ明カナラス唯佛國ノ學者ハ右ノ理由ヲ説明シテ曰ク養子縁組ハ單ニ養子ヲシテ實家及ヒ養家ノ姓ヲ結合シテ之ヲ稱ヘシメ而シテ養子ハ依然實家ニ留ルモノトス隨テ實家ニ於ケル一切ノ權利ヲ保有ス故ニ養子ノ屬スル國家ハ實家ノ屬スル國家ニシテ養家ノ屬スル國家ニ關係ナキモノトス云云ト然ルニ我國籍法ニ於テハ養子縁組ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認メタリ國籍法第五條此規定タルヤ今日各國ニ行ハルル一般ノ狀態ニ反スルモノナレトモ固ト我國ノ家制ハ歐米諸國ト其趣ヲ異ニスルカ故ニ此ノ如キ規定ノ必要ヲ見ルナリ舊民法人事編草案亦之ニ同シ然ルニ其確定文ニ於テハ一般ノ學

說ヲ迎ヘ養子縁組ヲ以テ我國籍ヲ取得スル原因ト認メサリシハ缺點ナリト謂フヘシ而シテ今日歐洲ニ於テ我國ト同一ノ規定ヲ設クルモノハ瑞西ノ「ソロツルン」アルノミ

佛國ニ於テ問題ト爲リタルハ無籍人ヲ養子ト爲シタル場合はナリ同國ニ於テ此事ニ付キ二箇ノ學說ヲ生セリ第一說ニ依レハ無籍人ヲ養子ト爲シ之ニ佛國ノ國籍ヲ與フルトキハ之ニ依リテ歸化ノ手續ヲ避クルノ弊ヲ生シ遂ニ歸化ノ制度ヲシテ實效ナカラシムル結果ヲ來スヘシ蓋シ養子縁組ノ手續ハ簡易ナレトモ歸化ノ手續ハ頗ル困難ナレハナリ而シテ之ニ反スル第二說ニ依レハ無籍人ハ今日一般ニ否認セララルモノナルカ故ニ成ルヘク之ヲ除却スル途ヲ講セサルヘカラス隨テ無籍人ニ佛國ノ國籍ヲ與フルハ決シテ不當ニアラサルナリ

第二項 歸化

歸化トハ何ソヤ「デニサール」ハ曰ク「歸化トハ生來ノ佛蘭西人ト同様ニ民事上ノ行爲ヲ爲スヘキ資格ヲ與フルヲ謂フ」ト「メルラン」ハ曰ク「歸化トハ外國人カ佛國

ニ生レタル者ト同様ナル權利及ヒ特權ヲ享有スルヲ謂フ」ト「デニザール」ハ定義ハ完全ナリト謂フヘカラス何トナレハ生來ノ人民ト同様ニ民事上ノ行爲ヲ爲スヲ得ルハ唯リ歸化人ノミニ止マラス外國人ト雖モ亦之ヲ爲スコトヲ得レハナリ「メルラン」ハ定義モ亦服スヘカラス何トナレハ歸化人ハ必スシモ內國人ト同様ナル權利及ヒ特權ヲ享有セサレハナリ例ヘハ佛國ニ於テハ歸化人ハ一定ノ年限間議會ノ議員ト爲ルヲ得サル如キ日本及ヒ北米合衆國ニ於テ歸化人ノ權利ニ制限ヲ加ヘタル如キ即チ是ナリ次ニ「コゴルダン」ハ曰ク「歸化トハ外國人ヲ國民ノ一員トシテ許可スルヲ謂フ」ト又「ワイス」ハ曰ク「歸化トハ公力ノ主權的認定的行爲ニシテ簡人ハ之ニ因リテ公力カ代表スル國家ノ人民ト爲ルヲ謂フ」ト而シテ其公力ナル文字ヲ解シテ人民タル資格ヲ付與シ又ハ拒絕スル權力ナリト曰ヘリ今「ワイス」ハ「コゴルダン」ニ氏ノ說ヲ比較スルニ「コゴルダン」ハ定義優レルカ如シ何トナレハ許可ナル文字ハ契約上ノ承諾ト同視スルコトヲ得ルカ故ニ契約ノ法理ヲ明示シタル所アレハナリ予ハ左ノ如キ定義ヲ下スモノナリ

歸化トハ簡人ト國家間ノ契約ニシテ簡人ハ之ニ因リテ其國家ノ人民タル資

格ヲ取得スルモノヲ謂フ
左ニ此定義ヲ説明スヘシ

一 歸化ハ國家及ヒ箇人ノ契約ナリ
予輩カ茲ニ所謂契約トハ財産的契約ニアラサルコト勿論ニシテ國家ト箇人トノ
間ニハ特定ノ原因アルニアラサレハ債權債務ノ關係ヲ生スルコトナシ然ラハ茲
ニ所謂契約ナル語ハ如何ナル意味ヲ有スルヤト言フニ唯國家ト箇人トノ意思
ノ合致ヲ指稱スルニ過キサルナリ或ハ契約ハ同等ノ地位ヲ有スル者ノ間ニアラ
サレハ成立スルコト能ハストノ說アレトモ贊成シ難シ抑モ契約成立ノ順序ハ
先ツ申込アリテ而シテ之ニ對スル承諾アルヲ常トス歸化モ亦一定ノ申込及ヒ
承諾アリ而シテ申込ハ通例箇人カ之ヲ爲シ承諾ハ國家カ之ヲ爲スモノナレト
モ往往國家カ申込ヲ爲シテ箇人カ承諾ヲ爲ス場合アリ箇人カ歸化ノ請願書ヲ
提出スルハ申込ヲ爲スモノニシテ國家カ之ヲ許可シテ臣民ト爲スハ承諾ヲ爲
スモノナリ國家カ歸化法ヲ制定シ歸化ノ條件ヲ定ムルハ申込ノ勸誘ニシテ猶
ホ新聞社カ廣告ノ條件ヲ新聞紙上ニ掲載スルカ如シ但シ南米リウエネジウヲ

如ク所謂強制的歸化ヲ認ムル國ニ於ケル歸化ハ果シテ契約ナリヤ否ヤニ付キ
少シク疑ヲ存ス蓋シ同國ハ一定ノ年限間住居スル外國人ハ當然同國ノ國籍ヲ
取得スルモノト定ムテ以テ之ヲ觀ルニ此場合ニ於テ國家カ歸化ノ條件ヲ定
メタルハ恰モ歸化ノ申込ノ如ク而シテ外國人カ國外ニ退去セスシテ法定ノ期
間内同國ニ滞在スルトキハ歸化ノ申込ヲ承諾シタルカ如シ

此ノ如ク歸化ハ契約ナリト雖モ歸化人ノ子カ父母ノ國籍ヲ當然取得スルハ如
何ナル原因ニ據ルヤノ問題ニ付テハ予輩未タ答フルコトヲ得ス佛國ノ學者ハ
子カ國外ニ退去セスシテ佛國ニ滞在スルトキハ佛國ト契約ヲ爲シタルモノト
説明スル者アリ

二 歸化ハ國民ノ資格ヲ取得スル契約ナリ

國家カ箇人ト契約ヲ爲スハ唯リ歸化ノ場合ニ止マラス例ヘハ外國人ヲ聘シテ
學校ノ教員ト爲シ又ハ政府ノ顧問ト爲シ其他諸般ノ公務ヲ依頼スルカ如キ皆
等シク契約ナリト雖モ此等ノ場合ハ外國人カ國民タル資格ヲ取得スル原因ト
爲ルモノニアラス是レ歸化カ他ノ契約ト異ナル點ナリトス

次ニ歸化ノ沿革ヲ概説スヘシ

- (一) 希臘「スバルタ」ニ於テハ「リクルグ」カ外國人ヲ以テ士氣ヲ消沈スルモノト爲シ國內ニ入ルコトヲ禁セシヨリ以來歸化ヲ許スコトナカリシカ其後此禁止モ漸漸解クルニ至レリ「アデン」ハ之ニ反シ外國人ニ歸化ヲ許シシカ其手續頗ル煩密ナリシ然レトモ後世遂ニ歸化證書ヲ賣却スルニ至レリ
- (二) 羅馬 羅馬人ハ初ヨリ外國人ノ歸化ヲ許シシカ「カラカラ」帝ニ至リ羅馬國ニ於ケル一切ノ外國人ニ羅馬ノ國籍ヲ付與スルニ至レリ
- (三) 日耳曼 日耳曼ニ於テハ部落ノ決議ヲ以テ外國人ニ歸化ヲ許スノ風習アリシカ歸化人ノ權利ハ生來ノ日耳曼人ニ比シ狹少ナリキ
- (四) 佛蘭西 佛蘭西ニ於テハ千八百十四年以來大歸化及ヒ通常歸化ノ二種ヲ設ケ大歸化人ト通常歸化人トノ間ニ權利上ノ區別ヲ設ケシカ今日ニ於テハ千八百五十二年以來全ク此等ノ區別ヲ認メサルニ至レリ
- (五) 英吉利 英吉利ニ於テハ千八百七十年以前ハ立法手續ニ依リテ歸化ヲ許シシカ今日ニ於テハ千八百七十年以來行政手續ニ依リ歸化ヲ許スニ至レリ

(六) 獨逸 獨逸ノ古代ノ慣習即チ日耳曼ノ慣習ハ既ニ日耳曼ナル名稱ノ下ニ於テ之ヲ説明セリ今ハ唯千八百七十年以後ニ於ケル獨逸ニ付テノミ之ヲ述ヘンニ同國ニ於テハ其國籍並ニ各聯邦ノ國籍ヲ取得スルコトヲ外國人ニ許セリ其手續ハ先ツ各聯邦ノ國籍ヲ取得スルニアラサレハ獨逸國ニ歸化スルコトヲ得サルヲ原則トス

次ニ歸化ノ條件ヲ説明スヘシ

各國ノ法律ハ歸化ニ付キ概テ多クノ條件ヲ要スレトモ其規定各異ナレリ然レトモ其間各國ニ共通スル條件アルカ故ニ先ツ此共通の條件ヲ説明シ最後ニ我國ノ歸化條件ヲ説明スヘシ

(一) 能力 能力ニ關スル各國國籍ニ關スル規定ヲ分チテ左ノ四種ト爲スコトヲ得ヘシ

第一種ハ能力ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルモノ即チ英吉利、西班牙、露西亞等はナリ

第二種ハ本國法ニ依リテ能力ヲ定ムルモノ即チ獨逸、奧地利、墨西哥、希臘、諾威等

是ナリ

第三種ハ内國ノ法律ニ依リテ能力ヲ定ムルモノ即チブルガリヤ花米合衆國和
蘭白耳義等是ナリ

第四種ハ本國法及ヒ内國法ニ依リテ能力ヲ定ムルモノニシテ即チ日本、葡萄牙
ノ如キ是ナリ

獨逸ノ如キハ歸化請願者ハ本國法ニ依リ能力アルヲ要スルヲ原則ト爲セトモ
一方ニ於テハ無能力ノ補完ヲ許セリ同國國籍法第八條ニ曰ク「歸化證書ハ本國
法ニ照シテ處分能力アル外國人ニ限リ之ヲ付與スルコトヲ得但シ歸化人ノ父
後見人又ハ管財人カ處分能力ノ欠缺ヲ補完スルトキハ此限ニ在ラス」ト之ヲ解
釋スル者ハ曰ク「父後見人等ハ無能力者ノ爲メニ住所ヲ選定スルコトヲ得ルモ
ノナルカ故ニ國籍ニ付テモ亦之ヲ變更スル能ハサルノ理ナケレハナリト
能力問題ニ付キ有名ナル事件アリ所謂ボーフルマン事件是ナリ今此事件ノ概
畧ヲ説明センニ佛國ノ貴族ボーフルマン侯爵ハ其夫人ト別居セリ而シテ裁判
所ハ別居ノ宣告ト同時ニ其子ノ監督ヲ侯爵夫人ニ委テタリ後侯爵夫人ハ獨逸

ニ歸化シ同國ニ於テ「ルメニヤ」侯爵ビベスコ「ニ嫁シタリ是ニ於テ佛國ノ裁
判所「ボーフルマン」侯爵ノ訴ニ因リ「ボーフルマン」侯爵生存中ハ其夫人ハ他
嫁スヘカラサルコトヲ命シ且ツ新婚ヲ否定セリ然ルニ獨逸學者ハ之ニ反對シ
其意見ヲ發表シ又佛國學者ハ此判例ニ同意スル意見ヲ發表セタリ今其主張ス
ル所ヲ見ルニ佛國ノ學者ハ「ボーフルマン」侯爵夫人ヲ以テ重婚罪ヲ犯シタルモ
ノト爲シ且ツ「ボーフルマン」侯爵トノ婚姻ヲ解消セサル間ハ夫ノ承諾ヲ得ス
テ外國ニ歸化スルコトヲ得スト論決セリ之ニ反シテ獨逸學者ノ意見ニ依レハ
獨逸國籍法ハ歸化人ノ能力ヲ定ムルニ其本國法ヲ標準トスト雖モ無能力補充
ノ場合ニ父後見人等ノ外夫ヲ掲ケサルヲ見レハ妻カ獨逸國ニ歸化スルハ夫ノ
意思ニ關係セサルモノナリト説明セリ殊ニ獨逸學者ハ奇論ヲ吐キテ曰ク「縱令
一步ヲ譲リ妻ハ其本國法ニ依リテ夫ノ承諾ヲ經ルニアラサレハ外國ニ歸化ス
ルコト能ハストスルモ別居ノ制度ヲ認メサル國ニ於テハ外國ノ別居ヲ離婚ト
同視スルコトヲ得ヘシト蓋シ獨逸學者ハ同國ノ國籍法ヲ全ク誤解セルモノナ
リ何トナレハ同法ニ於テ無能力ヲ補充スル者トシテ掲ケタルハ單ニ例示ニ過

キサレハナリ

日本國籍法ハ其第七條ニ規定シテ曰ク

外國人ハ內務大臣ノ許可ヲ得テ歸化ヲ爲スコトヲ得

內務大臣ハ左ノ條件ヲ具備スル者ニ非サレハ其歸化ヲ許可スルコトヲ得ス

一 引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコト

二 滿二十年以上ニシテ本國法ニ依リ能力ヲ有スルコト

三 品行端正ナルコト

四 獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資産又ハ技能アルコト

五 國籍ヲ有セス又ハ日本ノ國籍取得ニ因リテ其國籍ヲ失フヘキコト

右ノ規定ニ依レハ歸化請願者タル外國人ハ二十歲以上ナルコトヲ要ス而シテ

二十歲ナル年齡ハ我民法ノ成年ニ關スル規定ヲ標準トシテ定メタルモノナリ

然ルニ我民法ハ將來成年ニ關スル年齡ヲ變更スルコトナキヲ保セス此時ニ當

リ我國籍法ハ民法ノ規定ト均衡ヲ失フノ結果ヲ生スヘシ故ニ寧ロ日本ノ法律

ニ依リ能力アルコトヲ要スト規定シタル方宜シキヲ得タルナルヘシ

我國籍法ノ所謂能力ナル文字ハ民法上ノ能力ト同視スルヲ得ヘキカ蓋シ歸化

ハ所謂法律行為ニアラサルカ故ニ民法上ノ能力ヲ標準トスル理由ナキカ如シ

然レトモ國籍法ノ所謂能力ナル文字ハ行為能力ト同意味ナリト解釋スルヲ正

當ナリト信ス何トナレハ我國ノ法律上ニ於テ能力ナル文字ハ既ニ一定ノ意味

ヲ有シ行為能力ヲ意味スルモノナルカ故ニ用語ノ上ヨリ言フモ之ヲ行為能力

ト解スル方正當ナルヘシ然ラハ國籍法ニ於テ民法上ノ能力ヲ標準ト爲スノ必

要果シテ何クニ在リヤト云フニ民法上ニ於テ既ニ能力ヲ有スル者ナルニ於テ

ハ國家ト契約ヲ爲スニ當リ其利害ヲ判斷スル智識ヲ十分具フルモノト觀ルコ

トヲ得レハナリ

能力ノ證明ハ請願者ヨリ之ヲ爲スヲ例トス而シテ此證明ハ本國政府ノ證明書

ニ依リテ之ヲ爲スモノナリ然レトモ內國ノ官廳ハ此證明書ニ羈束セラルルコ

トナキカ故ニ職權上當該外國人カ本國法ニ依リテ能力ヲ有スルヤ否ヤヲ審究

スルコトヲ得ヘシ

獨逸國籍法案ヲ議會ニ於テ議スルニ當リ同國ノ代議士某ハ一ノ動議ヲ提出シ

タルコトアリ此動議ニ依レハ當該外國人カ本國法ニ依リ能力アルコトヲ證明スルコト能ハサル場合ニ於テハ獨逸國政府ニ於テ自由ニ其能力ノ有無ヲ決定スルコトヲ得ヘシト云フニ在リ政府委員ハ之ヲ無用ナリトシテ斥ケシカ此動議ハ議會ニ於テモ採用セラレザリキ

(二) 歸化ハ法律上ノ詐欺ニ出テサルコトヲ要ス 本國法律ノ適用ヲ避ケンカ爲メニ歸化國ノ臣民ト爲ル意思ナクシテ歸化スル場合ハ所謂法律上ノ詐欺ニ基ク歸化ナリトス蓋シ「惡意ハ保護スヘカラス」トハ法律上ノ原則ニシテ本國法ノ適用ヲ避ケントスル者ニ歸化ヲ許スハ惡意者ヲ保護スル者ナリ故ニ特別ノ規定ナキ場合ニ於テハ歸化國ノ法律ハ惡意者ヲ保護セサルモノナリト解釋スルコトヲ要ス故ニ一旦此惡意者ニ歸化ヲ許スコトアルモ歸化ハ無効ナリトス此點ニ付キ佛國ノ學說及ヒ裁判例ハ甲國ノ法律ハ乙國法律ノ適用ヲ避ケンシムルノ方法タルヘカラストノ前提ヨリ法律上ノ詐欺ニ基ク歸化ヲ以テ無効ナリト論セリ之ニ反シテ獨逸其他ノ國ノ學說ニ依レハ惡意ノ有無ハ歸化ノ成立ヲ妨ケスト爲シ其ニ理由ヲ擧ケタリ

第一ノ理由ハ詐欺ノ意思ハ容易ニ之ヲ證明スルコト能ハスト云フニ在リ此理由ハ往往事實ニ適合スルコトアルモ證明ノ困難ハ法理ヲ沒スルコト能ハス若シ詐欺ヲ證明スル能ハサルトキハ詐欺ナキモノト推定シ歸化ヲ有效ト認ムヘキノミ殊ニ歸化人ノ自白又ハ歸化後直チニ從來ノ本國ニ歸還スル事實ノ如キハ詐欺ヲ證明スルニ足ルヘシ此點ニ付キ明カニ法律ヲ以テ定メタル國アリ例ヘハ英國ノ法律ニ依レハ一旦外國人ニ歸化ヲ許シタルモ其外國人カ歸化後一定ノ期間内ニ舊本國ニ歸還スルトキハ既ニ與ヘタル歸化ヲ成立セサルモノト看做スカ如キ是ナリ

第二ノ理由ハ歸化ハ住所ノ設定ニ因リテ當然發生スルモノニアラス即チ商人ノ單獨行為ニ因リテ發生スルモノニアラスシテ主權者ノ形式的行為歸化證書ノ交付ニ因リテ生スルヲ例トス故ニ法律上ノ詐欺ハ歸化ノ成立ヲ妨ケス何トナレハ詐欺ノ證明ヲ以テ歸化ノ運命ヲ左右スルハ形式的行為タル性質ニ背シト云フニ在リ然レトモ法律ノ精神カ果シテ惡意ヲ保護セサルモノナルニ於テハ行政官カ外國人ノ惡意ヲ顧ミルコトナク歸化ヲ許スハ法律ノ精神ニ背戾ス

ルモノナルヲ以テ此法律ノ精神ニ違反シタル行政官ノ行爲ハ始ヨリ無効ナリトス

(三) 住所 今日多數ノ國ニ於テハ歸化ハ外國人カ內國ニ住所ヲ有スルコトヲ必要ト爲スト雖モ其住所ヲ有スル時期ニ付テハ一定セス或ハ歸化前內國ニ一定ノ期間住所ヲ有スルコトヲ必要トスルモノアリ或ハ歸化後內國ニ住所ヲ定ムルコトヲ必要トスルモノアリ今立法上ヨリ之ヲ觀レハ事前ノ住居ヲ以テ條件ト爲ス主義ハ大ニ利益アルカ如シ蓋シ內國ニ數年住居スル者ニアラサレハ其人物財產等ノ如何ヲ詳ニスルコト能ハサルノミナラス歸化前ニ住居スルハ外國人ヲ同化セシムル點ニ於テ大ニ便益アレハナリ我國籍法ニ依レハ歸化請願者ハ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ要ス而シテ此期間ヲ五年ト定メタルハ各國ノ立法例ニ於テ此期間ヲ長キハ十年トシ短キハ一年ト爲スヲ以テ此等立法例ヲ折衷シテ定メタルモノナルヘシ又引續キ住所ヲ有スルコトヲ要スルハ住所年數ノ中斷ヲ防ク精神ニ外ナラス若シ中斷セタル住所年數ヲ通算シテ五年ト爲ストキハ我國ニ同化セサル外國人ヲ我臣民ト爲ス虞アレハナリ

佛蘭西及ヒ洪牙利ノ法律モ亦引續キ一定ノ年數住所ヲ有スルコトヲ要セリ然レトモ我國ニ於テ此期間ヲ五年ト定メタルハ或ハ短キニ失スルコトナキカ我國籍法ハ滿二十歳ヲ以テ歸化請願ノ資格ヲ與フルカ故ニ滿二十歳ノ者カ我國ニ歸化セントスルトキハ滿十五歳ノ時ヨリ引續キ日本ニ住所ヲ有スレハ足レリトス然レトモ十五歳ノ兒童ハ大抵小學校ヲ卒業シタル程度ニ在ルニ過キサレカ故ニ此等ノ者カ五年間日本ニ住スルモ我社會ニ同化スルコト頗ル困難ナルヘシ其他長期ノ期間ヲ條件トスルトキハ法律上ノ詐欺ニ出ツル歸化ヲ防クル利益アルヘシ

(四) 品行端正ナルコト 品行端正ナル外國人ニアラサレハ歸化ヲ許サストハ往往諸外國ノ法律中ニ規定スル所ナリトス蓋シ歸化國ノ公益ヲ保護スル上ヨリ生スル結果ナルヘシ我國籍法第七條ニ於テモ亦品行端正ナル文字ヲ掲ケタルカ故ニ行政官ノ認定權ハ頗ル廣汎ナリトス

(五) 資力 我國籍法第七條ニ依レハ歸化請願者ハ獨立ノ生計ヲ營ムニ足ルヘキ資產又ハ技能アルコトヲ要ストセリ是レ無資力ナル外國人ニ國籍ヲ與フル

トキハ國家ニ累ラ讓ス處アレハナリ左レハ歐洲諸國ニ於テモ同一ノ規定ヲ設クル例頗ル多シ

(六) 國籍ヲ有セサルカ又ハ歸化國ノ國籍取得ニ因リ從來ノ國籍ヲ喪失スルコトヲ要ス 我國籍法ハ此條件ヲ必要トセリ其理由ハ國籍ノ衝突ヲ防カントスルニ在リ此ノ如キ立法例ハ今日未タ外國ニ於テ見ルコトヲ得サル所ニシテ實ニ我立法ニ於テ新學說ヲ迎ヘ創定シタル所ノモノナリ此點ニ於テハ我國籍法ハ諸外國ノ立法例ニ優レリト謂フヘシ然レトモ無籍人カ日本ニ歸化スル場合ハ姑ク措キ日本國籍ノ取得ニ因リ外國ノ國籍ヲ喪失スル例ハ頗ル少シ例ヘハ英吉利伊太利等ノミ故ニ例ヘハ獨逸人カ日本ニ歸化セントスルトキハ先ツ本國ノ法律ニ依リ所謂國籍ノ解除ヲ受ケサルヘカラス

(七) 人種及ヒ宗教 人種及ヒ宗教ハ今日一般ノ國ニ於テ歸化ノ條件ト認メサルカ故ニ歸化ノ條件中ニ之ヲ説明スルハ穩當ナラサレトモ唯參考ノ爲メ茲ニ之ヲ併記スルノミ抑モ今日ニ於テ一定ノ宗教ヲ以テ歸化ノ條件ト認ムルハ唯「フレンランド」アルノミ即チ同國ノ法律ニ依レハ耶蘇教ヲ奉セサル外國人ハ歸

化スルコトヲ得サルモノトセリ又西班牙ニ於テハ從來舊教ヲ信スル者ニアラサレハ歸化ヲ許ササリシカ千八百六年ニ至リ此禁止ヲ廢セリ「ルーマニヤ」ニ於テモ千八百七十九年マテハ耶蘇教徒以外ノ者ニ歸化ヲ許ササリシカ同年憲法ヲ改正スルニ及ヒ此制限ヲ廢止シ同憲法第一條ニ於テ宗教ノ異同ヲ問ハス外國人ニ歸化ヲ許ス旨ヲ定メタリ蓋シ今日ニ於テハ一般ニ宗教ノ自由ヲ認ムルカ故ニ宗教ヲ以テ歸化ノ條件ト認メサルニ至リシナラン

人種ニ付ラモ亦之ニ同シ往時ニ於テハ一定ノ人種ニ限リ歸化ヲ許セタル例尠カラサリシカ今日ニ於テハ北米合衆國ヲ除クノ外此ノ如キ規定ヲ設クル例ナシ而シテ米國ノ制度ニ依レハ支那人ハ同國ニ歸化スルコトヲ得ストセリ其他ノ國ニ於テモ一定ノ人種ニ特別ノ利益ヲ與フルモノ尠カラス例ヘハ希臘民法第十五條ニ依レハ歸化請願者カ希臘人種ナルトキハ同國ニ二年間住所ヲ有スルヲ以テ歸化ヲ許スニ足ルト爲シ他ノ諸外國人ナルトキハ三年間住所ヲ有スルコトヲ要ストセリ又「ニカラガ」法律ニ依レハ歸化請願者ハ中央亞米利加人ナルトキハ同國ニ一年間西班牙の亞米利加人ナルトキハ二年間其他ノ外國

人ナルトキハ四年間同國ニ住所ヲ有セサルヘカラスト爲シ又オランダ憲法ニ依レハ白人種ニアラサル外國人ハ同國ニ歸化スルコトヲ許スモ此場合ニハ同國ノ官吏ト爲ルヲ必要トセリ又サントミンゴ憲法ニ依レハ西班牙的亞米利加人又ハ西班牙領諸島ノ人民ナルトキハ一年間其他ノ外國人ナルトキハ二年間同國ニ住所ヲ有スルコトヲ要セリ

人種ニ依リテ待遇ヲ異ニスル制度ハ同族招致ノ精神ヨリ出ツルモノニシテ當然ノ規定ナリト謂フヘシ何トナレハ血統ノ近接スル人種ハ他ノ外國人ニ比シ歸化國ニ同情ヲ表スルノミナラス歸化國ノ人民ニ同化スルコトモ亦速ナレハナリ故ニ例ヘハ支那朝鮮ノ人民ハ歐米人ニ比シテ我人民ト密著ノ關係アルコト勿論ナルカ故ニ將來或ハ我法律ヲ改正スルニ際リ之ニ簡易ノ條件ヲ以テ歸化ヲ許スヘキコト或ハ可ナランカ然レトモ支那人ノ性質ハ彼ノ如クナルカ故ニ北米合衆國ニ於テ日本人其他ト別視シ歸化ヲ許ササルハ必スシモ一理ナキニアラス要スルニ支那人ノ歸化ニ付テハ一ノ問題ナルヘシ

支那人及ヒ朝鮮人カ將來我國ニ歸化スル場合ニ於テハ先ツ其本國法ニ依リテ能力アルコトヲ要ス然ルニ此二國ノ法律ハ不完全ニシテ能力ニ關スル規定ノ如キハ全ク之ヲ缺クカ如シ是ニ於テ支那及ヒ朝鮮ノ人民ノ能力ニ付テハ孰レノ國法ニ依リテ之ヲ定ムヘキヤノ問題ヲ生セリ此問題ニ付キ予ハ獨逸國籍法案ノ討議ニ際シ一代議士カ提出シタル動議ニ於テ説明シタルト同一ノ結論ヲ爲スコトヲ得ヘキモノト信ス即チ朝鮮及ヒ支那二國ノ臣民ハ我國ノ法律ニ依リテ其能力ヲ定ムヘキモノトス

我國籍法ハ右ニ述ヘタル如ク本國法ニ依リテ能力アルコトヲ要スト規定スルニ拘ラス一方ニ於テハ無籍人ニ歸化ヲ許セリ然ラハ無籍人ノ能力ハ何レノ法律ニ依リテ定ムヘキヤ予ヲ以テ之ヲ見ルニ支那及ヒ朝鮮二國臣民ノ能力ト同一ニ看做シ日本ノ法律ニ依リテ決定スヘキモノナリト信ス

(八) 血統婚姻出生及ヒ居所 我國籍法第九條ニ曰ク

左ニ掲ケタル外國人カ現ニ日本ニ住所ヲ有スルトキハ第七條第二項第一號ノ條件ヲ具備セサルトキト雖モ歸化ヲ爲スコトヲ得

一 父又ハ母ノ日本人タリシ者

二 妻ノ日本人タリシ者

三 日本ニ於テ生マレタル者

四 引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者

前項第一號乃至第三號ニ掲ケタル者ハ引續キ三年以上日本ニ居所ヲ有スルニ非サレハ歸化ヲ爲スコトヲ得ス但第三號ニ掲ケタル者ノ父又ハ母カ日本ニ於テ生マレタル者ナルトキハ此限ニ在ラス

以上ノ諸項ニ該當スル者ハ或ハ血統ニ因リ或ハ婚姻ニ因リ又ハ日本ニ生マレタル者ナルカ若クハ永ク日本ニ棲息スル者ナルカ故ニ日本國ニ密著ノ關係アルコト明カナリ然ラハ之ヲ普通ノ外國人ト同様ニ看做シ此等ノ人ニ對シテ尙ホ引續キ五年以上日本ニ住所ヲ有スルコトヲ望ムハ酷ニ失スル處アリ是レ本條ニ於テ國籍法第七條第一號ノ條件ヲ免除セル所以ナリ而シテ本條第一號ハ日本ノ國籍ヲ喪失シタル者ノ子ノ事ヲ定メタルモノナレトモ現ニ日本人タル者ノ子モ亦同様ノ結果ヲ見ルヘシ蓋シ本條ノ精神上ヨリ此ノ如ク解釋スルコトヲ得ヘシト信ス何トナレハ現ニ日本人タル者ノ子ハ國籍喪失者ノ子ニ比シ

テ日本ト密著ノ關係ヲ有スレハナリ或ハ日本人ノ子ハ日本人ナルカ故ニ現ニ日本人タル者ノ子カ本條ニ該當スル場合ナシト曰フ者アルモ我國籍法ニ依レハ日本ニ歸化シタル外國人ノ子ハ絶對的ニ日本人ト爲ルモノニアラス反言スレハ其本國ニ於テ國籍ヲ喪失スル場合ニ限り日本ノ國籍ヲ取得スルモノナルカ故ニ日本ニ歸化シタル者ノ子ニシテ尙ホ外國ノ國籍ヲ有スル者アルハ當然ナリトス

本條第一號ニ於テハ父又ハ母トアレトモ父母ノ雙方カ日本人タリシ場合モ亦同一ナリトス

又第二號ニ於テハ妻ノ日本人タリシ者トアレトモ現ニ日本人タル妻ヲ有スル外國人モ亦本條ニ依リテ歸化ヲ爲スコトヲ得ヘシ何トナレハ婚姻解消後ノ外國人ト婚姻中ノ外國人トノ間ニ區別アルヘキ理由ナケレハナリ而シテ素ト妻カ外國人ニシテ日本ニ歸化シタル後更ニ外國人ニ嫁シタル場合モ亦同一ナリトス本號ノ例ハ諸外國ニモ亦見ル所ニシテ例ヘハ佛蘭西白耳義葡萄牙等ノ如キ是ナリ

第三號ノ例ハ白耳義ルケセンプル^レ等ニ於テ之ヲ見ル

又第四號ハ佛蘭西ニ於テモ見ル所ナレトモ引續キ十年以上日本ニ居所ヲ有スル者ト住所ヲ有スル者トノ區別ハ之ヲ判別スルコト頗ル困難ナルヘシ

(九) 功勞 國家ニ功勞アル外國人ニ歸化ノ條件ヲ簡易ニシ國籍ヲ付與シタル例ハ古來尠カラス我國ニ於テハ往時濫リニ外國人ノ歸化ヲ許サザリシト雖モ國家ニ功勞アル者ニ限り國籍ヲ付與シタル例尠カラス而シテ今日ニ於テモ國籍ノ取得上功勞アル外國人ヲ優待スル例ハ日本國籍法第十一條其他露西亞伊太利白耳義和蘭等ニ於テ見ル所ナリ而シテ我國ノ法律ノミナラス多數ノ立法例ヲ見ルニ功勞ナル文字ハ政治上ノ意味ニ限ラルルモノニアラスシテ學術ト商工ト將タ政治トヲ問ハス苟モ國家ニ大裨益ヲ與ヘタル者ヲ功勞ナル文字中ニ一括スルカ如シ然レトモ行政官カ功勞ノ事實ヲ定ムルハ困難ナルノミナラス單ニ功勞ノ文字ヲ用フルトキハ漠然ニ失スル憾アリトシ法律上功勞ナル意味ヲ例示スルモノアリ而シテ近來學術上功勞アルカ爲メニ伊太利ノ國籍ヲ取得セタル「モレシオット」氏ノ如キ(千八百八十二年)又「コラス」トノ子ニ埃太利ノ國籍

ヲ與ヘタルカ如キ千八百八十八年ハ有名ナル事件ナリトス
次ニ歸化成立ノ時期ヲ説明スヘシ

歸化成立ノ時期ニ付テハ現今左ノ四主義アリ

第一 宣誓ノ日ヲ以テ成立時期ト爲ス例 即チ埃太利、西班牙、露西亞、那威、伊太利、希臘及ヒ英米等ノ如キ是ナリ而シテ宣誓ノ趣意ニ二アリ一ハ歸化國ニ對シテ忠義ヲ爲ス旨ヲ宣言スルモノニシテ一ハ舊本國ニ對スル忠義ノ關係ヲ拋棄スルモノナリ蓋シ舊教ヲ奉スル諸國ニ於テハ宣誓ニ重キヲ置クモ新教ヲ奉スル諸國ニ於テハ之ヲ重視セス隨テ宣誓ノ日ヲ以テ歸化成立ノ時期ト爲ス國ハ英米等ノ少數ヲ除クノ外概チ舊教諸國ナリトス我國ノ舊歸化法案ニ依レハ亦宣誓ノ日ヲ以テ歸化成立ノ時期ト爲セシモ元來我國ノ法律ニ於テハ訴訟手續其他僅少ノ場合ヲ除ク宣誓ニ重キヲ置カサルノミナラス實際宣誓ハ效能ナキモノナルカ故ニ我國籍法ニ於テモ此主義ヲ採用セザリシナラン

第二 官報ニ登載シタル日ニ成立スル例 即チ佛蘭西、伊太利(天歸化)ノ如キ是ナリ

我國籍法ハ第二ノ主義ヲ採用セタルヤ否ヤハ問題ナリトス國籍法第十二條ニ曰ク

歸化ハ之ヲ官報ニ告示スルコトヲ要ス

歸化ハ其告示アリタル後ニ非サレハ之ヲ以テ善意ノ第三者ニ對抗スルコトヲ得ス我法律カ果シテ伊太利佛蘭西ノ如キ主義ヲ採リタルモノトセハ歸化ハ公告ノ時ニ成立シ且ツ同時ニ效力ヲ生スルモノト謂ハサルヘカラス本條第一項カ果シテ此事ヲ規定シタルモノナリト解釋スルコトヲ得ハ第二項ハ何ノ必要アリテ之ヲ設ケタルカ抑モ第二項ニ依レハ歸化カ善意ノ第三者ニ效力ヲ及ホスハ公告ノ後ナルカ故ニ惡意ノ第三者並ニ本人ニ對シテ效力ヲ生スル時期ハ公告前ニ在リト解釋スルコトヲ得ヘシ然ルニ此時期ニ付テハ我國籍法中何等ノ規定ナキカ故ニ予輩ハ疑義ヲ生シタリ要スルニ國籍法第十二條第一項及ヒ第二項ハ同一ノ事ヲ規定シタルモノニシテ第二項ハ第一項ヲ説明シタルニ過キスト解釋スルヲ得ヘキカ果シテ然ラハ本人並ニ惡意ノ第三者ニ對シテ日本人タル資格ヲ生スル時期ヲ左ニ研究スル必要アリ

抑モ歸化ハ一ノ契約ナルカ故ニ歸化ノ如何ナル時ニ成立スルヤノ問題ハ國家カ承諾ヲ表示シタル時期ハ如何ナル時ナリヤノ問題ニ歸著スヘシ而シテ我國籍法ニ於テハ承諾表示ノ方法ニ付テ別段規定スル所ナキカ故ニ國籍法ノ細則ニ於テ此方法ヲ確定スルハ全ク隨意ナリトス即チ官報ニ於テ之ヲ表示スルモ或ハ歸化證書ヲ交付スルモ我國籍法ニ抵觸スルモノニアラス而シテ歸化證書ヲ交付スルモノトセハ交付ノ時ヨリ本人ニ對シテ日本人タル資格ヲ生スルモノトス而シテ惡意ノ第三者カ歸化證書交付後官報告示前ニ於テ日本人タル資格ヲ知リタル證據アルトキハ其時ヨリ日本人タル資格ヲ對抗セラルルモノトス第三 歸化狀交付ノ時ニ成立スル例 即チ獨逸匈牙利「コロンビヤ」等ノ如キ是ナリ獨逸ノ内普魯西ノ實例ニ依レハ歸化證書交付前本人ニ刑罰ヲ受ケタルコトナキヤ法律上ノ條件ヲ具備スルヤ等ノ諸件ヲ訊問スルモノトス若シ本人カ虛偽ノ陳述ヲ爲シタルトキハ一旦交付シタル歸化狀ヲ沒收ス然ルニ「レンヂー」「ザイデル」「マイエル」等ノ諸學者ハ縱令法律上ノ條件ヲ具備セサル外國人ナリトモ一旦交付シタル以上ハ歸化ハ成立シ且ツ效力ヲ生スト説

明セリ近來獨逸國ノ實例ハ此說ニ傾キタルカ如シ例ヘハ千八百八十六年普魯西高等裁判所ノ判決ニ曰ク「主務官廳カ交付シタル歸化狀ハ錯誤ニ因リテ交付シタル場合ト雖モ權利發生ノ形式行爲ナルカ故ニ之ヲ取消スコトヲ得スト」ト
第四 登記ノ日ニ成立スル例 此例ハ今日葡萄牙ニ行ハルルノミ西班牙ニ於テモ從來此方法ヲ實行セシカ千八百八十九年改正法ハ宣誓ノ日ヲ以テ歸化成立ノ時期ト定メタリ蓋シ此種ノ規定ハ官報公告ノ方法ト頗ル相類似スルモノニシテ畢竟公衆ニ告示スルヲ以テ目的ト爲スモノナリ然レトモ一旦公示ノ方法ヲ必要ナリトスル以上ハ寧ロ官報ニ公告スルノ優レルニ如カス
次ニ歸化ノ效力ヲ説明スヘシ

歸化ハ成立ト同時ニ效力ヲ生スルモノニシテ歸化人ハ何レノ國ニ於テモ歸化國ノ臣民ト同一ノ義務ニ服スルモノトス然ルニ權利ニ付テハ往往之ヲ制限スル例アリ我國籍法第十六條ニ於テモ亦其權利ヲ制限スル規定ヲ設ケタリ其他佛蘭西ニ於テモ歸化人ハ歸化後十年間國會ノ議員ト爲ルコトヲ得ス北米合衆國ニ於テハ終身大統領及ヒ副大統領ト爲ルコトヲ得ス之ニ反シテ英吉利獨逸

奧太利等多數ノ國ニ於テハ歸化人ノ權利ヲ制限セス

次ニ妻及ヒ未成年ノ子ニ對スル歸化ノ效力ヲ説明スヘシ

第一 妻ニ對スル效力 佛國ノ學說ニ依レハ歸化ハ妻ニ其效力ヲ及ホサス其理由トスル所ハ妻ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ國籍ヲ承諾シタルモ其以後ニ於ケル國籍ノ變更ハ豫メ知ルモノニアラス隨テ之ヲ承諾シタリト見ルコトヲ得スト云フニ在リ之ニ反シテ獨逸英吉利ノ學說ハ夫ノ歸化ハ妻ニ其效力ヲ及ホスヘシト爲シ而シテ其理由ハ下ノ如シ曰ク「獨逸及ヒ英吉利ニ於テハ妻ハ夫ノ住所ニ從フ義務アリ而シテ國籍ハ法律上住所ニ比シテ重大ノ力ヲ有スルモノニアラス然ラハ住所ノ場合ニハ夫ノ新住所ニ從フコトヲ要スルモ國籍ノ場合ニハ新國籍ニ從フ必要ナシト謂フノ理ナシト然レトモ法律ノ文面ニ依レハ夫ノ歸化ハ當然妻ニ其效力ヲ及ホスモノニアラス例ヘハ獨逸國籍法ノ如キモ外國人カ獨逸ニ歸化シタル場合ニ其妻ハ反對ノ意思ヲ表示セサル場合ニ於テ始メテ獨逸人ト爲ルモノトス然ルニ佛蘭西ノ法律ニ依レハ妻ハ夫ノ新國籍ヲ取得スル意思ヲ表示スルニアラサレハ佛蘭西人ト爲ラス是レ獨逸法律ト異ナル所

ナリトス

第二 未成年者ニ對スル效力 佛國ノ學說ニ依レハ親權ハ親ノ爲メヨリモ專
ロ子ノ爲メニ設ケタルモノナルカ故ニ子ノ利益ヲ侵シテ其國籍ヲ變更スルコ
ト能ハス隨テ父カ外國ニ歸化スルモ其子ハ依然佛國西人ナリト佛國民法ノ規
定亦然リ然ルニ佛國民法ハ一方ニ於テ矛盾ノ規定ヲ掲ケ外國人カ佛國西ニ歸
化スルトキハ未成年ノ子ハ當然佛國西人ナリトセリ我國籍法ニ依レハ子ノ本
國法ニ抵觸セサル限リハ子ハ日本人ト爲リタル父又ハ母ノ國籍ヲ取得ス然ル
ニ獨逸ノ學說ハ絕對的ニ效力ヲ及ホスヘキコトヲ認メタリ

第三項 領地割讓

領地割讓ハ土地ヲ目的トスル主權ヲ讓渡スモノナレトモ割讓地ニ住スル讓渡
國臣民ノ國籍ニ影響ヲ及ホスコトアリ蓋シ往時ニ於テハ國籍ノ問題ヲ研究ス
ル者尠ク隨テ之ニ關スル法理未タ明カナラサリシカ故ニ土地ト同シク人民モ
亦割讓シ得ヘキモノナリト信シタリ然ルニ自由ノ思想ハ法律界ニモ侵入シ殊

ニ契約說カ國籍ノ研究ニ應用セラレシヨリ以來往時ニ於テ人民ヲ讓渡スヘキ
モノト爲シタル觀念ハ全ク根據ナキモノト認メラレタリ是ニ於テカ領地割讓
ノ場合ニ所謂選擇條款ナルモノヲ設ケ又ハ「プレビシット」梅氏ハ之ヲ國民許
決ト譯セリナルモノヲ設クルニ至レリ蓋シ選擇條款ニ依レハ一定ノ期間内ニ
於テ割讓地ノ住民ハ讓渡國ノ臣民タル資格ヲ保有スルカ又ハ讓受國ノ臣民ト
爲ルカ其一ヲ擇ムコトヲ得ヘシ即チ本人ノ意思ニ反シテ濫ニ國籍ヲ變更セサ
ルコトト爲レリ而シテ「プレビシット」ナルモノハ將來割讓スヘキ國民ノ意見
ヲ尋テテ割讓ノ可否ヲ決スルモノニシテ割讓地住民ノ多數カ割讓ニ賛成スル
ニアラサレハ割讓ヲ爲スコト能ハサルモノ是ナリ此手續ハ那翁三世カ好ミテ
用ヒタル所ナリ

選擇條款ヲ設ケタル趣意ハ割讓地住民ノ意思ニ反シテ國籍ヲ變更スルコト能
ハストノ精神ニ出テタルモノトセハ隨テ割讓地條款ニ依リ割讓地住民カ讓受
國ノ國籍ヲ選擇スル意思ヲ表示スルカ又ハ選擇期間ノ滿了セサル間ハ依然ト
シテ讓受國ノ臣民タルモノトス然ルニ領地割讓ヲ解シテ土地及ヒ臣民ノ二ヲ

目的トスル讓渡條約ニシテ領地割讓ト同時ニ割讓地ノ住民ハ當然其國籍ヲ變更シテ讓受國ノ臣民ト爲リ唯選擇條款ニ依リテ讓渡國ノ臣民ト爲ル場合ニ於テノミ既往ニ遡リ讓受國ノ臣民ト爲ラサル如ク看做スヘシト此說ハ全ク膠論ナリ蓋シ此說ニ依レハ割讓地ノ住民ハ解除條件附ニテ讓受國ノ臣民タルカ故ニ割讓地ノ住民カ讓受國ノ臣民タル資格ヲ要件トスル所爲ヲ爲シタル場合ニ於テ此所爲ヨリ生スル結果モ亦解除條件附ナラサルヘカラス例ヘハ讓受國ノ刑法中臣民ノ資格ヲ要件トスル一ノ犯罪アリテ之ヲ犯シタルモノハ死刑ニ處セラルヘキ場合ニ解除條件附臣民カ之ヲ犯シタルトキハ解除條件附臣民ノ國籍カ確定スルマテ死刑ノ執行ヲ猶豫セサルヘカラス又解除條件附臣民ノ一部分ヲ以テ組織セラレタル議會カ議決シタル法律ノ如キ他日右ノ議決ヲ爲シタル議員ノ資格カ既往ニ遡リテ解除セラルトキハ法律ハ亦無効ト爲ルヘシ之ニ反シテ等シク解除條件說ヲ採ル者ノ中ニテモ不遡及說ヲ唱フル者アリ此說ニ依レハ領地割讓ト同時ニ割讓地住民ハ讓受國ノ臣民ト爲リ而シテ國籍ノ選擇ニ因リテ再ヒ讓渡國ノ臣民ト爲ル場合ニ於テ始メテ讓受國ノ國籍ヲ失フモ

ノトス此說ハ選擇條款ヲ設ケタル精神ヲ沒了スヘシ何トナレハ反對說ヲ唱フル者ト雖モ選擇條款ハ畢竟割讓地住民ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ生シタルコトヲ認ムレハナリ換言スレハ割讓地住民ニ其好マサル政府ノ臣民ト爲ラサル途ヲ開キタルニ外ナラス然ルニ解除條件不遡及說ニシテ果シテ正當ナリトセハ讓受國ハ割讓地住民ノ選擇ヲ爲スマテ如何ナル虐政ヲ爲スモ其隨意ナレハナリ是ニ由リテ之ヲ觀レハ選擇條款ハ解除條件不遡及說ヲ以テ解釋スルコト能ハサルモノトス

最近ノ領地割讓中一生面ヲ開キタルハ明治二十八年四月日清兩國カ締結シタル媾和條約ナリトス其第五條ニ曰ク

日本國ニ割與セラレタル地方ノ住民ニシテ右割與セラレタル地方ノ外ニ住居セムト欲スル者ハ自由ニ其ノ所有ノ不動產ヲ賣却シテ退去スルコトヲ得ヘシ其ノ爲メ本約批准交換ノ日ヨリ二箇年間ヲ猶豫スヘシ但シ右年限ノ滿チタルトキハ未タ該地方ヲ去ラサル住民ヲ日本國ノ都合ニ因リ日本國臣民ト看做スコトアルヘシ

從來ノ媾和條約ニ依レハ選擇期間内ニ割讓地ヲ退去セサル住民ハ讓受國ノ住民ト看做サルルヲ例トス然ルニ日清媾和條約ニ依レハ右ノ期間内ニ割讓地ヲ退去セサル住民ヲ日本國臣民ト看做スヤ否ヤハ日本國政府ノ隨意ナリトス即チ右日清媾和條約第五條但書ハ全ク近世ノ媾和條約ニ其例ヲ見サル所ナレトモ領地割讓ノ結果當然割讓地住民ノ國籍ヲ變更セサルノ法理ヲ認メタルコト明カニシテ少クトモ同條約ハ卑說ヲ證明スル一材料ト見ルコトヲ得ヘシ是ニ於テカ割讓ニ因リテ當然國籍ヲ變更ストノ說ヲ唱フル者ハ右第五條ノ但書ヲ無用ノ文章ナリト云ヘリ然レトモ條約ヲ解釋スルニ當リテハ成ルヘク無用ノ事ヲ規定セサルモノト解釋セサルヘカラス要スルニ日本カ清國ヨリ讓受ケタル土地ノ住民ハ當然日本人ト爲リシヤ否ヤニ付テ我國ニ議論アリシカ我國國際法學會ハ之ヲ清國人ト認メタリ然レトモ選擇條款ニ關スル一般ノ法理ニ付テハ同學會カ予輩ト意見ヲ同シウシタルヤ否ヤヲ知ラス

割讓地住民トハ何ソヤ之ニ付テハ凡ソ五說アリ左ニ之ヲ説明スヘシ

第一 住所說 此說ヲ唱フル者ハ割讓地ニ住所ヲ有スル人民ハ最も割讓地ト

密著ノ關係ヲ有スル者ニシテ隨テ國籍ノ問題ニ付キ痛痒ヲ感スルハ此種ノ人民ナリト

第二 出生說 此說ニ依レハ割讓地ニ生レタル者カ割讓地ト密著ノ關係ヲ有スト云フニ在レトモ割讓地ニ生レタルノミニシテ割讓地以外ニ永ク住居スル者ノ如キハ割讓地ト密著ノ關係アリト謂フコトヲ得サルヘシ

第三 擇一說 此說ニ依レハ割讓地ニ生レタルカ若クハ住所ヲ有スルカ孰レカノ一條件ヲ具フル者ハ所謂割讓地住民ナリト

第四 併合說 此說ニ依レハ割讓地ニ生レ且ツ住所ヲ有スル者カ最も能ク割讓地ト密著ノ關係ヲ有スル者ニシテ割讓條約ノ當事者カ著眼シタルモ亦此種ノ人民ナルヘシ予輩ハ此說ヲ信スルナリ

第五 「ボール・コークウェイ」氏ノ說 此說ニ依レハ割讓地ノ屬セシ國カ聯邦ナルトキハ出生ハ住所ニ比シ法律上重大ノ力ヲ有スルモノナルカ故ニ割讓地ニ生レタル者ノミ割讓地住民ト見ルヘク之ニ反シテ其屬セシ國カ統一國ナルニ於テハ住所ヲ以テ割讓地住民ヲ定ムル標準ト爲スヘシ蓋シ此場合ニ住所

ハ出生ニ比シ法律上重大ノ效力ヲ有スレハナリ然レトモ氏ノ前提ハ誤レリ
同氏ハ瑞西ノ如キ聯邦ニ於テハ出生ヲ以テ各邦ノ國籍取得ノ原因ト看做セ
ハナリ要スルニ聯邦國ナルト將タ統一國ナルトニ因リテ住所ト出生トノ間
ニ法律上ノ效力ヲ異ニスル理由ナシ

以上數說中今日最モ勢力アルハ住所說ニシテ佛蘭西獨逸我國等ノ學說ハ多ク
之ヲ認ム但シ外國人ハ割讓地ニ生ルモ將タ住所ヲ有スルモ割讓地住民ニア
ラサルコトハ勿論ナリ

次ニ妻及ヒ未成年者ニ對スル國籍選擇ノ效力ニ付キ一言スヘシ即チ割讓地住
民タル夫カ讓受國ノ國籍ヲ選擇シタル場合ニ於テハ妻ハ當然夫ノ國籍ニ從フ
ヘキモノナリト言フ者アリ蓋シ夫婦國籍ヲ同シウスルハ一家ノ安寧ヲ圖ルカ爲
メニ必要ナレハナリ之ニ反シテ夫ノ國籍選擇ハ妻ニ效力ヲ及ボサスト言フ者
ノ說ニ依レハ妻ハ結婚ノ當時ニ於ケル夫ノ國籍ヲ知り隨テ之ヲ承諾シタルモ
トノ謂フコトヲ得ルモ結婚後ニ於ケル夫ノ國籍變更ハ妻ノ豫期セサル所ナル
カ故ニ之ヲ承諾シタルニアラサレハ讓受國ノ臣民ト爲ラスト云フニ在リ其他

未成年者ニ付テモ亦議論アリ即チ父母ノ國籍選擇カ當然其效力ヲ及ボスト言
フ者アリ或ハ之ニ反スル者アリ

第四項 國籍ノ選獲

國籍ノ選獲ハ原語ニテ之ヲ「オプショント」ト謂ヒ國籍選擇ト譯スル方正當ナレト
モ領地割讓ノ場合ニ於ケル國籍ノ選擇ト混同スル虞アルカ故ニ之ヲ國籍ノ選
獲ト名ケタリ蓋シ國籍ノ選獲トハ內國ト密著ノ關係アル外國人ニ內國ノ國籍
ヲ其意思ニ因リ取得セシムル權利ヲ謂フモノニシテ歸化ト異ナル所ハ國籍選
獲カーノ權利ナルニ在リ蓋シ國家カ歸化ノ請願ヲ許可セザルハ拒絕スルハ其
自由ナリト雖モ國籍選獲ノ場合ニハ此自由ヲ有セス國籍選獲者カ國籍取得ノ
意思ヲ表示スルトキハ必ス之ヲ付與セサルヘカラス而シテ國籍選獲ノ權利ア
ル外國人ノ性質ニ付テハ各國ノ規定同一ナラスト雖モ左ニ記載シタル者ハ多
數ノ國ニ於テ國籍選獲ノ權利者ト認ム

第一 內國ニ於テ生レタル外國人

第二 國籍喪失者ノ子

第三 內國ノ女ヲ妻トスル外國人或ハ內國人ノ妻タル外國ノ女

第四 父母ノ雙方若クハ其一方カ內國人タル者ノ子

國籍選獲ノ權利者ハ內國ノ國籍ヲ選獲セントスル場合ニハ內國ノ管轄廳ニ向テ國籍選獲ノ意思ヲ表示スルコトヲ要ス然ルニ意思ヲ表示シタル後住所ヲ內國ニ移スコトヲ要スル例アリ或ハ國籍選獲ノ意思ヲ表示スル前豫メ內國ニ住所ヲ定ムルコトヲ要スル例アリ而シテ住所ノ年數ニ付テモ各國ノ例同シカラス或ハ住所ヲ移スノミニテ充分ナリトシ一定ノ年數ヲ要セサルアリ
國籍選獲者ハ歸化人ニ比シ優等ノ地位ヲ取得スルヲ例トス即チ歸化人ニ付テ其權利ヲ制限スル國ニ於テモ國籍選獲者ハ內國ノ臣民ト同一ノ權利ヲ享有スルヲ例トス

第三款 國籍ノ喪失

第一項 總論

希臘羅馬ノ時代ニ於テハ國籍ノ喪失ヲ認メタリシカ其後歐羅巴諸國ニ於テハ一般ニ國籍ノ喪失ヲ否認セリ殊ニ封建時代ニ於テハ內國ノ臣民カ外國ノ國籍ヲ取得スルコトヲ嚴禁セリ佛國ニ於テハ路易十四世ノ時ニ一ノ勅令ヲ發シテ臣民ト國家トノ關係ハ決シテ分離スヘキモノニアラザル旨ヲ明言セリ英國ニ於テモ千八百七十年マテハ所謂一タヒ臣民タル者ハ永久臣民タリトノ諺行ハレ全然國籍ノ喪失ヲ否認セリ米國ニ於テモ亦然リ然ルニ歐羅巴ニ於テハ佛國革命ノ前後ヨリ國籍喪失ヲ嚴禁スル制度ヲ非難スルノ聲漸ク熾ナルニ至レリ就中「ルーソー」一派ノ契約說ヲ主張スル學者ハ本人ノ意思ニ反シテ國家ハ其國籍ヲ留保スル權利ナシト曰ヘリ而シテ此議論ハ漸漸勢力ヲ得ルニ至レリ又一方ニ於テハ經濟上ノ困難漸ク其度ヲ高メ移住ノ禁止ヲ廢スルノ必要ヲ生ゼタルカ故ニ歐洲諸國ニ於テハ概テ國籍ノ喪失ヲ規定セサルナシ而シテ今日ニ於テハ土耳其スラモ國籍喪失ノ規則ヲ定ムルニ至レリ

第二項 移住

本國ニ歸還スル意思ナクシテ外國ニ到ル者ヲ移住者ト謂フトハ奧太利法律ノ明文ニ見ル所ナリ而シテ移住ニ因リ國籍ヲ喪失スル規定ヲ設クル國ハ今日其例多カラス然レトモ移住ニ匹敵スル所謂國籍解除ノ制度ヲ認ムル國尠カラズ抑モ移住ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認ムル國ニ於テハ移住者ハ本國ニ歸還スル意思ナキ者ナルカ故ニ此意思ヲ表示シタルトキハ即チ國家ト本人トノ關係ヲ絶テタルモノナリトス

第三項 外國ノ任官

本國政府ノ許可ヲ得シテ外國ノ官吏ト爲リタル者ハ國籍ヲ喪失ストノ規定ヲ設クル例尠カラズ而シテ此制度ヲ認ムル國ノ中ニテモ自ラ二種ノ別アリ即チ第一種ノ制度ニ依レハ外國ノ官吏ト爲リタルトキ當然國籍ヲ喪失スルモノニシテ第二種ノ制度ニ依レハ本國政府ノ督促ニ拘ラス依然トシテ外國官吏ノ職ニ在ル者ヲ以テ國籍喪失者ト認ム蓋シ此等ノ制度ヲ設クル國ニ於テハ本國政府ノ承諾ヲ得シテ外國ノ官吏ト爲ル者ハ本國政府ニ對シテ不忠ノ事實ヲ

現ハシタル者ナリトセリ是レ外國ノ官吏タル以上ハ其國ニ忠義ヲ盡ササルヘカラス隨テ二國ニ忠義ヲ盡スコト能ハサレハナリ

外國ノ軍隊ニ投シタル內國人ハ國籍ヲ喪失ストノ規定ヲ立ツル國亦尠カラズ即チ此等ノ國ニ於テハ外國ノ軍隊ニ投シタル者ヲ以テ本國政府ニ對スル不忠ノ臣ト看做セリ(但シ佛國ニ於テハ佛國人民カ外國法律ノ結果ニ因リ其國ノ軍務ニ服スル場合ハ國籍ヲ喪失セスト解釋スル者多シ然ルニ外國ノ義勇軍ニ投シタル者ノ國籍ニ付テハ議論アレトモ國籍ヲ喪失セスト解釋スル者多キニ居ルカ如シ然レトモ此解釋ハ論理ヲ貫カサルモノト謂フヘシ何トナレハ外國ノ軍隊ニ投シタル事實カ果シテ不忠ナルニ於テハ外國ノ義勇軍ニ投シタル場合ニ於テモ亦不忠ノ事實ヲ表明シタリト謂フコトヲ得レハナリ

我國ニ於テハ此種ノ國籍喪失ヲ認メス予輩ハ寧ロ其正當ナルヲ信スル者ナリ何トナレハ我國ニ比シ優等ノ地位ヲ有スル國ノ官吏ト爲リ若クハ其軍隊ニ投シタル我國ノ臣民ハ將來我國ノ利益ト爲ルモノニシテ又劣等國ノ官吏ト爲リ若クハ其軍隊ニ投スル者ハ我國ノ文明ヲ傳播スル利益アレハナリ或ハ督促ノ

手續ヲ以テ國籍喪失ノ一要件ト看做スニ於テハ差支ナキカ如キモ我國ト非常ニ隔リタル外國ノ官吏ト爲リ若クハ軍隊ニ投シタル者ノ如キハ本國ト消息ヲ爲スコト頗ル困難ナル事實アレハナリ

第四項 時 效

獨逸、奧地利等ノ法律ニ依レハ其國ノ臣民カ一定ノ期間外國ニ在留シ本國ノ公使又ハ領事ニ國籍保有ノ届出ヲ爲ササル場合ニ於テハ當然其國籍ヲ喪失ス學者ハ此種ノ國籍喪失ヲ名ケテ時効ニ因ル國籍喪失ト曰ヘリ獨逸ニ於テ議論ヲ生シタルハ時効ノ起算點是ナリ即チ本國ノ領地ヲ離レタル時ヨリ之ヲ起算スヘキヤ或ハ船舶ニ乗込ミタル場合ニ船舶ノ國籍ニ因リテ結果ヲ異ニスヘキヤ或ハ外國ノ領地ニ著シタル時ヨリ起算スヘキヤ或ハ外國ノ領海ニ入港シタル時ヨリ起算スヘキヤ等ノ問題ヲ生シタレトモ獨逸裁判所ノ判決例ニ依レハ外國ノ領地ニ上陸シタル時ヨリ時効ノ期間ヲ起算セリ我國ニ於テ時効ニ因ル國籍喪失ヲ採用スヘキモノナルヤ予輩ハ採用スヘキモノニアラスト信ス蓋シ獨

逸、奧地利等ニ於テ時効ニ因リ國籍ヲ喪失スル臣民ハ多クハ出稼人ナリ而シテ此出稼人ハ多クハ外國ニ永住シテ本國ニ歸還セス然ルニ我國ノ出稼人ハ之ニ反シ全ク良好ノ效果ヲ呈スルモノニシテ貯金シテ本國ニ歸ル者概チ皆然リ即チ我國ノ出稼人ハ獨逸ノ出稼人ノ如ク決シテ本國ヲ忘レサル者ナルカ故ニ時効ノ制度ヲ認ムル必要ナシ

時効ノ制度ヲ認ムル國ニ於テハ時効中斷ノ手續アリ即チ公使館若クハ領事館ニ備附ケタル帳簿ニ國籍保存ノ登記ヲ爲スモノトス

第五項 婚 姻

內國ノ女カ外國ノ男子ニ嫁シタル場合ニ當然其國籍ヲ喪失スルコトハ日本其他多數ノ國ニ於テ認ムル所ナリ蓋シ夫婦同籍主義ハ今日各國ノ學者カ認ムル法理ナルカ故ニ外國人ニ嫁シタル內國ノ女ノ國籍ヲ留保スルトキハ管ニ婚姻ノ目的ト衝突スルノミナラス此法理ニ牴觸スル虞アルカ故ニ多數ノ國ニ於テ婚姻ヲ以テ國籍喪失ノ原因ト認メタルモノナリ然レトモ我國其他多數ノ國ノ

立法例ハ國際無籍人ヲ生スルノ缺點アリ蓋シ今日多數ノ立法例ハ婚姻ヲ以テ國籍取得ノ原因ト認ムルカ故ニ外國人ニ嫁シタル內國ノ女ハ內國ノ國籍ヲ喪失スルト同時ニ外國ノ國籍ヲ取得スヘシト雖モ「ポリビー」其他少數ノ國ニ於テハ婚姻ノミニテハ國籍取得ノ原因ト認メス隨テ我國其他多數ノ國ノ女カ「ポリビー」男子ニ嫁シタルトキハ從來ノ國籍ヲ喪失スルニ拘ラス夫ノ本國ノ國籍ヲ取得セス則チ國際無籍人ト爲ルヘシ佛國ノ舊法ハ曾テ日本ト同様ノ規定ヲ設ケタリシカ右ノ如キ弊害アリタルカ故ニ現行法ニ依レハ佛蘭西ノ女カ外國人ニ嫁シタル場合ニ夫ノ國籍ヲ取得シタルトキ始メテ國籍ヲ喪失スルコトト爲レリ

婚姻カ國籍喪失ノ原因タルカ爲メニハ法律上有效ナルコトヲ要スルハ勿論ナレトモ此法律ハ妻ノ本國法ナリヤ將タ夫ノ本國法ナリヤ此問題ハ現行ノ國際慣例ニ據リテ決スルコト能ハス我國ニ於テハ法例ニ於テ婚姻成立ノ要件ハ各當事者ノ本國法ニ依リテ決スヘキ旨ヲ規定セリ隨テ各當事者ノ本國法カ異別ノ規定ヲ設ケタル場合ニハ婚姻ハ成立セサルカ故ニ日本ノ婦人ハ國籍ヲ喪失

セサルモノトス

今日各國ノ例ヲ見ルニ內國ノ女カ外國人ニ嫁ス場合ニ於テハ外國ノ主務官廳ノ證明書ヲ徵スルヲ例トス而シテ此證明書ハ婚姻ニ因リテ國籍ヲ取得スルヤ否ヤノ事項ヲ明カニスルモノニシテ往往國際上ニ發生スル內國人引取問題ノ爲メニ便益アルモノトス蓋シ今日ノ國際法ニ依レハ內國人カ外國ニ於テ自ラ生計ヲ營ム能ハサル場合ニ外國政府ヨリ其引取ヲ請求セラレタルトキハ必ス之ニ應セサルヘカラス故ニ內國ノ女カ外國人ニ嫁シタル後夫ノ國籍ヲ取得シタル場合ニ夫ノ本國政府ヨリ其引取ヲ請求セラルモノ內國政府ハ右ニ述ヘタル證明書ニ依リテ其請求ヲ拒絕スルコトヲ得レハナリ然ルニ我國ノ實例ヲ聞シニ未タ此ノ如キ證明書ヲ徵シタルコトナシト云フ

第六項 追 放

追放ニハ宗教上ノ追放アリ法律上ノ追放アリ又國際上ノ追放アリ宗教上ノ追放トハ羅馬法王カ一定ノ人ヲ宗教團體以外ニ驅逐スルノ謂ニシテ中世以降羅

馬法王ハ往往一國ノ君主ヲ追放シタルコトアリ之ニ反シテ法律上ノ追放ハ一定ノ人ヲ國外ニ驅逐スルカ或ハ其私權ヲ剝奪シテ法律社會以外ニ驅逐スルモノトノニアリ第二ノ場合ヲ形容シテ獨逸人ハ「フラーゲル、フライ」(鳥ノ如ク自由ナリ)ト稱セリ然ルニ法律上ノ追放ハ今日ニ於テハ內國ノ臣民ニ就テ一般ニ之ヲ非難シ殊ニ國籍ヲ剝奪シテ國外ニ追放スルカ如キハ學者ノ非難スル所ナリトス蓋シ國際無籍人ハ各國ニ弊害ヲ醸スモノナルカ故ニ人ハ必ス一箇ノ國籍ヲ有セサルヘカラストハ近世一般ニ認メラレタル說ニシテ蓋シ內國臣民ノ國籍ヲ剝奪スルハ此公認セラレタル學說ニ反スル者ニシテ殊ニ又追放ハ外國ノ權利ヲ侵害スルコトナクシテ之ヲ實行スルコト能ハサレハナリ是レ內國ノ臣民ヲ外國ノ地ニ追放スルトキハ外國ニ於テ之ヲ拒絕スルコトヲ得ルヲ以テナリ此ノ如ク追放ハ一般ニ非認セラレタル所ナルカ故ニ今日ニ於テハ葡萄牙其他二三ノ國ニ於テ僅ニ其例ヲ見ルノミ

第七項

開戰又ハ開戰ノ處アル際歸國ノ命令ニ從ハサル者ノ國籍剝奪

此例ハ獨逸ニ於テ行ハルル所ナリトス然レトモ多數ノ國ニ於テ之ヲ採用セサルハ抑モ故アリ蓋シ開戰ノ際又ハ開戰ノ虞アル際ニ歸國ノ命令ニ從ハサル者ハ本國ニ對シ不忠ノ臣ナルカ如キモ實際上全ク之ニ反スル理由往往ニシテ之アリ殊ニ土地ノ非常ニ懸隔シタル場合ニ於テハ歸國ノ命令ニ從フコト能ハサルコト之アルヘシ且ツ此規定タルヤ前項ニ於テ非難シタル弱點ヲ有スルモノナレハナリ

第八項 兵役忌避

兵役ヲ忌避センカ爲メニ外國ニ赴キタル者ハ國籍ヲ喪失スヘシトノ規定ハ北米合衆國ノ法律ニ於テ見ル所ナリトス此規定タルヤ前項ニ述ヘタルト同一ノ理由ヲ以テ非難スルコトヲ得ヘシ即チ蓋シ國際無籍人ヲ生スルコト是ナリ

第九項 準嫡及ヒ認知

我國籍法第二十三條ニ曰ク「日本人タル子カ認知ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シ

タルトキハ日本ノ國籍ヲ失フ但日本人ノ妻入夫又ハ養子ト爲リタル者ハ此限ニ在ラスト此規定ハ獨逸及ヒ葡萄牙等ニ類似ノ規定ヲ見ル所ナリ本條ノ解釋ニ付テハ我國ニ於テ議論アルカ如シ蓋シ我國籍法ニ依レハ認知ハ國籍取得ノ原因ナルノミナラス又前ニ爲シタル認知ハ後ニ爲シタル認知ニ對シ優先權ヲ有ス然ラハ我國籍法第二十三條ハ此規定ト如何ナル關係ヲ有スルカ例ヘハ日本人タル父カ認知シタルカ爲メニ日本ノ國籍ヲ取得シタル者アリタル場合ニ更ニ外國人タル母カ之ヲ認知シタルカ爲メ其子カ外國ノ國籍ヲ取得シタルトキハ我國ノ國籍ヲ喪失スヘキヤ否ヤ甲說ニ依レハ此場合ニハ日本ノ國籍ヲ喪失スヘキモノニシテ認知ニ因ルト其他ノ原因ニ因ルトヲ問ハス苟モ日本人タル者ハ總テ國籍法第二十三條ノ文字ノ中ニ包括セラルト之ニ反シテ乙說ニ依レハ第二十三條ハ國籍法第四條ニ依リテ日本人タル子例ヘハ父母ノ分明ナラサル子ノ國籍喪失ニ係ルモノトス蓋シ國籍法第四條ハ反對ノ事實ヲ證明セサル間日本人ト推定スルモノニシテ即チ日本人ノ子ナルヘシトノ想像ニ基キタル規定ナリ故ニ一旦外國人ノ子ナルコト認知ニ因リテ明白ト爲リタル場合ニ

ハ日本人ノ子ナルヘシトノ推定ハ茲ニ破レタルモノナルカ故ニ認知者ノ國籍ニ從フヘキモノト定メタルモノナリト面シテ第二十三條ハ何カ故ニ認知ノ遡及力ヲ認メサルカノ問題ニ對シ乙論者ハ答ヘテ曰ク第四條ニ依リ日本人ト爲リタル者ハ其實外國人ナルコト認知ニ因リテ明白ト爲リタル以上ハ初ヨリ之ヲ外國人ト認ムル方正當ナルカ如キモ斯クスルトキハ隨テ種種ノ不都合ヲ生スヘシ例ヘハ日本人タルノ故ヲ以テ或犯罪ノ爲メニ死刑ニ處スル必要アルトキハ如キ解除條件ノ到來スルマテ其執行ヲ猶豫セサルヘカラス然ルニ何時解除條件カ到來スルヤハ固ヨリ明カナラサルカ故ニ死亡ノ時ニ至リ始メテ日本人タル資格ヲ確定スルニ至ルヘシ隨テ死亡ト同時ニ判決ノ執行力ヲ生スルモ死者ハ死刑ニ處スル能ハサルヲ如何セント乙說ハ穩當ナリト信ス

第十項 國籍ノ解除

此制度ハ獨逸奧地利等日耳曼法系ノ國ニ於テ認ムル所ナリトス即チ此等ノ國ノ制度ニ依レハ外國ノ國籍ヲ取得セントスル者ハ本國政府ニ向テ國籍解除ノ

請願ヲ爲スコトヲ得ヘシ而シテ獨逸、奧地利等ノ學者中契約ノ法理ヲ否認スル者ハ國籍ノ解除ハ契約ノ法理ヲ認メタルモノニアラスト曰ヘリ其理由トスル所ハ本國政府ハ國籍解除ノ請願ヲ拒絕スルコトヲ得ルニ在リ獨逸ノ國籍法ハ奧地利ノ國籍法ト國籍ノ解除ニ關スル規定ヲ異ニセリ即チ獨逸ノ法律ニ依レハ國籍解除ニ二種アリ一ハ獨逸聯邦中甲邦ノ臣民タラント欲スル者カ乙邦ナル本邦政府ニ國籍ノ解除ヲ請願スルトキハ本邦政府ハ之ヲ拒絕スルコトヲ得サルコト是ナリ唯獨逸以外ノ國籍ヲ取得センカ爲メニ獨逸ノ國籍ノ解除ヲ請願スル場合ニ於テハ之ヲ拒絕スルコトヲ得ヘシ隨テ獨逸學者モ辯明シタルカ如ク此種ノ國籍解除ハ契約說ヲ以テ説明スルコトヲ得サルヘシト雖モ獨逸國內ニ於ケル國籍ノ解除ハ契約ノ法理ヲ以テ説明スルコトヲ得ルカ如シ

第十一項 外國ノ勳章又ハ爵位ヲ受ケタルカ爲メニ國籍ヲ喪失スル例

此規定ハ南米諸國ニ行ハルルモノニシテ勳章ノ種類及ヒ爵位ノ等級ノ如何ニ拘ラス外國ヨリ受ケタルトキハ本國政府ニ對シ忠實ナラサル證據アリタリト

看做シ當然國籍ヲ喪失スルモノトス然ルニ同國ニ於テ議論アリタルハ勳章ノ定義是ナリ今日ニ於テモ同國ニ於テハ未タ定論ヲ見スト云フ

右ノ外國ノ勳章、年金等ヲ受ケタルカ爲メニ國籍ヲ喪失スル例アリ或ハ奴隸ノ所有、賣買等ニ因リテ國籍ヲ喪失スル例アリ

次ニ國籍喪失ノ效力ヲ説明スヘシ

國籍喪失カ本人ニ對シ如何ナル效力ヲ生スルカハ今日多數ノ立法例ニ於テ明言セサル所ナレトモ本人ハ國籍ノ喪失ト同時ニ內國人ノ享有スヘキ一切ノ權利ヲ喪失シ義務ヲ免ルルハ一般ノ例ナリトス但シ兵役忌避ノ刑ヲ國籍喪失者ニ對シ科スル旨ヲ規定スル例アリ例ヘハ伊太利ノ如キ是ナリ然ルニ國籍喪失者ノ妻及ヒ未成年ノ子ニ對スル國籍ノ喪失ニ付テハ議論アリ甲說ニ依レハ妻ハ夫ト其國籍ヲ同シウスヘキハ婚姻ノ目的ヲ實行スル上ニ於テ實ニ必要ナルモノナルカ故ニ住所變更ノ場合ト同シク當然夫ノ新國籍ニ從フヘキモノナリ若シ夫カ新國籍ヲ取得セザル場合ハ夫ト同様ニ無籍人タルヘシト而シテ未成年ノ子ノ國籍ニ付テ説明シテ曰ク未成年ノ子ハ法律上父又ハ母ニ依リテ代表セ

ラルルモノナルカ故ニ國籍喪失ノ場合ニ於テモ未成年ノ子ハ父又ハ母ト國籍ヲ同一ニスヘキモノナリ但シ親權ヲ脱シタル者ハ此限ニ在ラスト然ルニ乙説ニ依レハ妻ハ夫ノ國籍喪失ヲ豫想セサルモノナルカ故ニ夫ト同一ノ國籍ニ從フヘキ理由ナシ又父又ハ母カ未成年者ヲ代表スルハ寧ロ未成年者ノ爲メニ設ケタル規定ナルカ故ニ未成年者カ國籍喪失者ノ運命ニ從フヘキヤ否ヤノ問題ハ果シテ子ノ利益ナリヤ先決問題ニ係ルモノナリ然ルニ子ノ利益ハ子ノ意思表示ニ因リテ始メテ分明ト爲ルモノナレトモ未成年者ハ法律上完全ニ意思表示ヲ爲スコト能ハサルモノナルカ故ニ未成年者カ國籍喪失者ノ運命ニ從フハ果シテ子ノ利益ナリヤ否ヤ不明ナリ隨テ未成年者カ成年ト爲ルマテ國籍ノ喪失ヲ停止スヘシ而シテ成年ト爲リタル後本人カ國籍喪失者ノ運命ニ從フヘキコトヲ宣告シタルトキハ其效力ハ既往ニ遡ルヘシト又乙説ト類似シタル他ノ一説ニ依レハ未成年者カ國籍喪失者ノ運命ニ從フハ子ノ不利益ナルカ故ニ國籍喪失ノ效力ハ未成年ノ子ニ及フヘカラスト曰ヘリ而シテ各國ノ立法例如何ト觀ルニ之ヲ二ニ大別スルコトヲ得ヘシ一ハ國籍喪失ノ效力ハ妻及ヒ未成年

ノ子ニ及フモノニシテ一ハ之ニ反スルモノナリ而シテ妻及ヒ未成年ノ子ニ其效力ヲ及ホス主義ヲ採ル國ニ於テモ又二種アリ一ハ無條件ニテ效力ヲ及ホスモノト一ハ一定ノ條件ヲ備ヘタルトキ始メテ國籍喪失ノ效力ヲ及ホスモノト即チ是ナリ我國國籍法第二十一條ニ依レハ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ハ本人ノ國籍ヲ取得シタルトキニアラサレハ日本ノ國籍ヲ失ハス而シテ第二十二條ハ之カ例外ヲ規定ス即チ離婚又ハ離縁ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ子ニハ前條ノ規定ヲ適用セス但シ妻カ夫ノ離縁ノ場合ニ於テ離縁ヲ爲サス又ハ子カ父ニ從ヒテ其家ヲ去リタルトキハ此限ニ在ラス右第二十一條ノ規定ハ無籍人ノ發生ヲ豫防センカ爲メニ設ケラレタル規定ナリトス而シテ第二十二條ノ規定ハ入夫縁組又ハ婿養子ハ我國ノ國籍法上國籍取得ノ原因ト爲ル程ノモノナルカ故ニ隨テ妻及ヒ子ハ國籍ヲ失ハサルモノト定メラレタリ但シ離縁ト同時ニ離婚ヲ爲サス又ハ子カ父ニ從ヒテ去リタルトキハ日本ノ家ニ屬セサルモノナルカ故ニ國籍ヲ喪失スヘシト定メラレタリ而シテ獨逸又ハ匈牙利等ノ例ニ依レハ時効ニ因リ國籍ヲ失ヒタル者ノ妻及ヒ未成年ノ子ハ國

籍喪失者ト住所ヲ同シウスル場合ハ始メテ國籍ヲ喪失スルモノトス故ニ國籍喪失者カ新ニ臣民ト爲リタル國ノ法律カ妻及ヒ未成年ノ子ヲ自國ノ臣民ト認メサルトキハ忽チ國際無籍人ヲ發生スル虞アリ

次ニ國籍喪失ト軍事トノ關係ヲ一言スヘシ

外國ノ立法例ヲ觀ルニ例ヘハ獨逸戰爭ノ起リタル場合又ハ開戰ノ虞アル場合ニ於テ國籍ノ喪失ヲ止ムル規定尠カラス然ルニ此等ノ國ニ於テ實際上ヨリ非難スル者アリ其說ニ依レハ戰爭ノ起リタル場合ニ國籍ノ喪失ヲ止ムルハ差支ナキモ開戰ノ虞アル場合トハ果シテ如何ナル時期ナリヤ之ヲ定ムルコト頗ル困難ナルヘシ外交ノ危機切迫シタル場合ニハ開戰ノ虞アリト謂フコトヲ得ヘキモ外國政府ヲテ徒ニ開戰ノ意アルコトヲ知ラセムル虞アリ是レ政略上適當ノ規定ニアラス蓋シ戰爭ノ起ラサル場合ニ國籍ノ喪失ヲ止ムルハ之ヲ止ムル國ニ開戰ノ決心アルコトヲ推知セシムルモノナレハナリ我國籍法ニ於テハ此ノ如キ規定ナク唯兵役義務者ノ國籍喪失ニ關スル規定アルノミ即チ國籍法第二十四條ニ曰ク

滿十七年以上ノ男子ハ前五條ノ規定ニ拘ハラズ既ニ陸海軍ノ現役ニ限シタルトキ又ハ之ニ服スル義務ナキトキニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス

現ニ文武ノ官職ヲ帶フル者ハ前六條ノ規定ニ拘ハラズ其官職ヲ失ヒタル後ニ非サレハ日本ノ國籍ヲ失ハス

此規定ハ外國ノ立法例ニ見サル所ナリ蓋シ我國ノ官職ヲ帶フル者ハ國家ノ爲メニ利益ヲ與フル者ナルカ故ニ隨テ官職ヲ喪失シタル後ニ非サレハ國籍ヲ失ハスト定メタルモノナラシカ而シテ兵役義務者ノ國籍喪失ヲ止ムル規定中獨逸匈牙利ノ規定ハ最も詳細ナルモノトス其他伊太利佛蘭西等ニモ兵役義務者ノ國籍喪失ヲ止ムル規定アリ

第四款 國籍回復

國籍回復ハ羅馬法ノ所謂原狀回復ニ倣ヒタルモノニシテ今日多數ノ國ニ於テ何レモ此制度ヲ設ケサルナシ蓋シ國籍喪失者カ再ヒ內國ノ國籍ヲ取得セント欲スル場合ニ普通ノ外國人ト同様ニ之ヲ看做スハ酷ニ失スルトノ考ニ出ラズ

ルモノナリトス而シテ國籍回復トハ國籍喪失者カ再ヒ內國ノ國籍ヲ取得セムト欲スル場合ニ歸化ノ手續ニ依ラスシテ簡易ノ方法ニ依リ國籍ヲ付與スルコトヲ謂フ

國籍ノ回復ヲ受クヘキ者ノ資格ニ付テハ各國ノ實例頗ル曖昧ナリ佛國民法ノ文面ニ依レハ一般ノ國籍喪失者ハ同時ニ國籍回復ノ資格ヲ有スルカ如ク又ソイス民ノ説明ニ依ルモ然ルカ如シト雖モ若シ生後ノ事實ニ因リ佛國ノ國籍ヲ取得セタル者カ佛國ノ國籍ヲ喪失シタル後更ニ其國籍ヲ回復スルコトヲ得トセハ頗ル奇怪ナル結果ヲ生スヘシ蓋シ佛國ノ民法ニ依レハ歸化人ハ生來ノ佛蘭西人ト同一ノ權利ヲ享有スルコト能ハス然ルニ國籍回復者ノ權利ニ付テハ明文上何等ノ制限ナキカ故ニ生來ノ佛蘭西人ト同様ノ權利ヲ享有スルコトヲ得レハナリ隨テ歸化人カ佛國ノ國籍ヲ保有スル場合ニハ其權利ノ制限ヲ受ケ而シテ國籍ヲ喪失シタル後之ヲ回復シタル場合ニハ權利ノ制限ヲ受ケサル結果ヲ生スヘシ故ニ立法上ヨリ言フトキハ國籍ノ回復ヲ爲シ得ヘキ國籍喪失者ノ範圍ヲ制限スルノ必要アリ英米ニ於テハ普通ノ國籍喪失者ニハ國籍回復ニ

付キ恩典ヲ與ヘスシテ歸化ノ手續ニ依ラシムルカ故ニ右ニ述ヘタルカ如キ弊害ヲ見ス是レ我國籍法ニ於テ國籍回復ヲ爲シ得ヘキ國籍喪失者ノ範圍ヲ制限シタル所以ナリトス即チ同法第二十六條ニ曰ク

第二十條又ハ第二十一條ノ規定ニ依リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ日本ニ住所ヲ有スルトキハ內務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得但第十六條ニ掲ケタル者カ日本ノ國籍ヲ失ヒタル場合ハ此限ニ在ラス

即チ我國籍法ニ依レハ歸化人ハ國籍回復ノ恩典ニ浴セサルモノニシテ血統上日本人タルカ又ハ入夫縁組若クハ養子縁組等ニ因リテ日本人ト爲リタル者カ國籍ヲ喪失シタル場合ニ限リ國籍ヲ回復スルコトヲ得ルノミトス然レトモ婚姻ニ因リテ國籍ヲ喪失シタル者ハ我國ノミナラス多數ノ國ニ於テ普通ノ國籍喪失者ニ比シ國籍回復ノ手續ヲ簡易ニスルヲ例トス此事ハ尙ホ後ニ説明スヘシ

一般ノ國籍喪失者カ國籍ヲ回復スル手續ハ各國ノ規定固ヨリ同シカラスト雖モ或點ヨリ觀察シテ之ヲ二種ニ大別スルコトヲ得ヘシ一ハ國籍回復ト利ヲ權

シテ認ムル制度ニシテハ政府ノ許可ニ因リテ始メテ國籍ヲ回復スルコトヲ得ル制度是ナリ匈牙利モナコ等少數ノ國ヲ除ク外我國ヲ始メ其他ノ國ニ於テハ第一種ノ制度ヲ採用ス

婚姻ニ因リ國籍ヲ喪失シタル者ノ國籍回復ニ付テハ我國籍法第二十五條ニ於テ規定セリ曰ク

婚姻ニ因リテ日本ノ國籍ヲ失ヒタル者カ婚姻解消ノ後日本ニ住所ヲ有スルトキハ内務大臣ノ許可ヲ得テ日本ノ國籍ヲ回復スルコトヲ得

右婚姻ニ因リ國籍ヲ失ヒタル者ハ第二十六條ト同シテ歸化人ヲ包含セサルヤ否ヤ我國籍法ノ精神ヨリ解釋スルトキハ歸化人ヲ包含セサルモノト看ルヲ正當トス而シテ各國ノ例ヲ按スルニ其明文ヨリ觀ルトキハ歸化人ヲ包含スルカ如シ然レトモ其實例頗ル曖昧ニシテ或ハ歸化人ヲ包含セサルモノト解釋スルアリ或ハ之ニ反スルアリ而シテ我國ニ於テハ婚姻ニ因リ國籍ヲ喪失シタル者ノ國籍回復ニ付テハ特典ヲ與ヘスト雖モ歐洲諸國中一般ノ國籍回復者ニ比シ特典ヲ與フル例頗ル多シ而シテ匈牙利ノ如キハ婚姻無効ノ場合ニモ國籍ノ回復

ヲ認メタリ是レノ異例ニ屬ス

次ニ國籍回復ノ效力ヲ一言スヘシ

我國ニ於テハ別段ノ規定ヲ設ケサレトモ外國ニ於テハ往往內國人ト同一ノ權利ヲ享有スル旨ヲ規定スル例アリ而シテ此等ノ國ニ於テ問題ト爲リタルハ國籍回復ハ其效力ヲ既往ニ及ホスヤ否ヤノ問題はナリ甲說ニ依レハ羅馬法ノ原狀回復ト同シタ末タ嘗テ國籍ヲ失ハサルモノト看做スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ之ニ反シテ乙說ハ今日ノ國籍回復ハ羅馬法ニ倣ヒタルモノナレトモ其效力ヲ既往ニ及ホストキハ非常ノ弊害ヲ生スルカ故ニ遑及力ヲ明言セサル以上ハ既往ニ遑ラスト解釋スヘシト此說ハ各國ノ實際ニ於テ認メラルモノニシテ學者ハ往往國籍回復ヲ稱シテ第二ノ國籍取得ト曰フ者アリ

國籍回復ハ回復者ノ妻子ニ如何ナル效力ヲ與フルカ我國籍法第二十七條ニ依レハ歸化ニ因リ國籍ヲ取得セタル者ノ妻子ト同一ニ看做サレタリ然レトモ外國ノ例ヲ見ルニ國籍回復ノ場合ニ限り簡易ノ手續ニ依リテ妻子ノ國籍回復ヲ許ス例尠カラズ

國籍回復ハ如何ナル時ヨリ效力ヲ發生スヘキヤ此點ニ付テハ各國ノ規定凡ソ三種アリ即チ國籍回復ノ認可狀交付ノ日ヨリ效力ヲ生スルモノニシテ一ハ認可狀ノ日付ヨリ效力ヲ生スルモノ一ハ宣誓ノ時ヨリ效力ヲ生スルモノ是ナリ認可狀交付ノ日ヨリ效力ヲ生スル規定ヲ有スル國ニ於テ問題ト爲リタルハ交付トハ如何ナル場合ヲ指稱スルヤ即チ本人ニ手渡シタル時ナルカ或ハ發送シタル時ナルカ若クハ本人ノ手許ニ到着シタル時ナルカ瑞西ノ規定ニ依レハ單ニ交付トノミアルカ故ニ書面ヲ送達スヘキヤ或ハ本人ヲ呼出スヘキモノナルヤ明カナラス同國ノ實例ニ於テハ民事訴訟法ノ規定ニ依リ送達ヲ爲セトモ往往之ヲ稱シテ法律ニ反スル無効ノ行爲ナリト非難スル者アリ而シテ我國ニ於テモ亦國籍回復ノ時期ニ付テ明文ヲ掲ケス國籍法ニ於テハ單ニ許可トノミアルカ故ニ如何ナル場合ニ許可ヲ爲シタリト看做スヘキヤ歸化ニ付テハ官報ニ公告スル規定アレトモ國籍回復ノ效力ヲ第三者ニ對抗スル時期ニ付テハ何等ノ規定ナキカ故ニ是レ亦一ノ問題ナルヘシ或ハ認可狀ヲ調製スル主義ヲ我國ニ於テ將來採ルトセハ認可狀ノ日附ヲ爲シタル日ナリヤ或ハ之ヲ本人ニ手

渡シ若クハ送達シタル時ナリヤ明白ナラサルヘシ蓋シ國籍回復ハ契約ナリト解スルトキハ國籍回復ノ請願者ニ對シ意思表示ノ方法ヲ採ラサルヘカラス隨テ認可狀ノ日附ヨリ效力ヲ生スル理由ナカルヘシ此國籍回復ニ付テハ他日詳論スヘシ又之ヲ單獨行爲ナリトスルモ日附ヲ爲シタル場合ニ意思ノ表示アリト爲スヘキヤ否ヤハ問題ナルヘシ要スルニ我國籍法ニ於テ此點ニ付キ規定ヲ設ケサルコトヲ惜ム

茲ニ一言附記スヘキハ我國籍法第二十條ノ規定是ナリ同條ニ曰ク

自己ノ志望ニ因リテ外國ノ國籍ヲ取得シタル者ハ日本ノ國籍ヲ失フ

例ヘハ外國ニ歸化シタル者ハ此條ニ依リ我國籍ヲ喪失スヘシト雖モ本條ハ所謂強制的歸化ノ場合ニ之ヲ適用スヘキヤ否ヤニ付テハ議論ヲ生シタリ既ニ說述シタル如ク「ヴェネチエ」ニ於テハ一定ノ年限間同國ニ住居シタル一事實ニ因リテ同國ノ國籍ヲ取得スヘシ此場合ハ所謂自己ノ志望ニ因ル國籍ノ取得ニアラスト解スル者アリ其理由トスル所ハ「ヴェネチエ」ノ法律ハ本人ノ意思如何ヲ問ハスシテ同國ノ國籍ヲ付與スルモノナルカ故ニ右ノ住居ニ因リテ得タル

國籍ノ取得ハ法律上ノ結果ナリト謂フヘク之ニ反シテ他ノ説ニ依レハ同國ノ法律ノ規定ヲ知リナカラ一定ノ年限間同國ニ住居スルハ同國ノ國籍ヲ取得スル意思ナリト謂フコトヲ得ヘシ故ニ我國籍法第二十條ノ規定ハ右ノ場合ヲ包含スルモノナリト云ヘリ然レトモ一般ノ學者ハ前説ヲ採ルカ如シ

次ハ自然人以外ノ國籍ニ付テ説明スヘシ
既ニ本論ノ初メニ説明シタル如ク今日國籍ナル文字ハ自然人以外ニ用ヒラレ物件ニ對シテモ國籍ナル文字ヲ用フル例尠カラス例ヘハ河川ノ國籍ノ如キ是ナリ蓋シ河川ノ國籍ハ其存在スル區域ニ依リテ定マルモノニシテ一國ノ領地内ニ在ル河川ハ其國ニ國籍ヲ有スルコト明カナルカ故ニ此場合ハ殆ト實際ノ問題ヲ生シタルコトナシ然ルニ數國ヲ貫流スル河川ニ付テハ屢國籍ノ問題ヲ生シタリ然レトモ今日ノ實例ニ依レハ國境ヨリ引キタル直線ニ依リテ其國籍ヲ確定スルコトト爲レリ此問題ハ重ニ國際公法上緊要ナルモノナレトモ國際私法上ニ於テモ之ヲ定ムルコト頗ル緊要ナリトス例ヘハ甲乙二國ヲ貫流スル河川ノ境界上ニ浮ヘタル船舶内ニ於テ不法行爲ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ

尚ホ此事ニ付テハ不法行爲ノ問題ヲ論スルニ際リテ説明スヘシ法人ノ國籍ニ付テハ公法上ノ法人ト私法上ノ法人トヲ區別スルコトヲ要ス公法上ノ法人ニ付テハ殆ト其國籍ヲ確定スル必要ナシ例ヘハ外國ノ地方團體ノ如キ其所在地タル國ニ國籍ヲ有スルモノナリトス然ルニ私法上ノ法人ノ國籍ニ付テハ屢其國籍ヲ確定スル必要ヲ生シタリ殊ニ歐洲大陸ニ於テハ從來甲國ニ於テ設立セラレタル會社カ乙國ニ於テ營業ヲ爲シタル場合尠カラサレハナリ殊ニ議論ヲ生シタルハ鐵山ノ發掘又ハ運送ヲ營業トスル會社ノ國籍是ナリ此點ニ付テハ歐洲ニ於テ二ノ主義アリ甲主義ニ依レハ營業ヲ實際營ム國ニ國籍ヲ有ストスルモノニシテ乙主義ニ依レハ本店ノ存在スル國ニ國籍ヲ有スト爲セリ奧太利ノ如キハ外國會社ノ國籍ニ付キ一ノ規定ヲ定メタリ即チ奧太利ニ於テ主タル營業所ヲ有シ且ツ主タル營業ヲ營ム會社ハ外國ニ於テ設立セラレタル場合ト雖モ奧太利ノ會社ト看做スヘキモノナリト然レトモ今日多數ノ國ニ於テハ法人ノ國籍ニ付キ規定ヲ設ケス學者或ハ法人ノ國籍ハ即チ住所ニシテ國籍ニ付テ云云スル必要ナシト曰フ者アリ然レトモ外國ノ實例ヲ見ルニ自國ニ住所ヲ有

セサル法人ヲ尙ホ自國ノ法人トシテ處分スル例アリ隨テ法人ノ國籍ヲ研究スルハ不必要ニアラサルヘシ

第十章 外國人ノ地位

本章ニ於テ説明スルハ外國人ノ私權ナリ這ハ外國人ノ公權ハ國際私法ノ研究ニ關係ナキカ故ナリ而シテ今日學者ノ定説ニ依レハ外國人ハ內國人ト同等ノ私權ヲ享有スヘキモノトス蓋シ私權ナルモノハ人類カ生存ヲ爲スカ爲メニ缺クヘカラサルモノニシテ內國人タル身分ニ附著スルモノニアラサルカ故ナリ此學說ハ佛國ニ於テ夙ニ唱ヘタル所ニシテ其說延テ歐洲大陸諸國ニ及ヒタリシカ佛國民法ハ同國ト條約ヲ締結シタル國ノ臣民ニアラサレハ其私權ヲ認メス此ニ於テ佛國民法ハ十二銅標時代ノ精神ヲ表示シタルモノナリトシテ佛國學者ノ一般ニ非難スル所ナリ此ノ如ク今日ニ於テハ外國人ノ私權ニ付テハ學者間ニ殆ト議論ヲ見スト雖モ古代ニ於テハ何レノ國ニ於テモ外國人ヲ嫉視シイエリング氏ノ言ヘル如ク殆ト野獸ノ取扱ヲ爲シタリ然レトモ埃及國民ノ如

キ其他古代ニ於テモ文明ノ程度カ進歩セタル國ニ於テハ比較的外國人ヲ優遇セリ例ヘハ埃及人ハ外國人ト婚姻スルコトヲ認メ殊ニ希臘人ト交通ヲ爲スニ當リテハ大ニ其權利ヲ保護シ「ナウクラチス」ナル居留地ヲ埃及國內ニ於テ設立スルコトヲ希臘人ニ許シタリ即チ希臘人ハ此居留地內ニ於テ總テ本國ノ法律ニ從ヒテ支配セラレ希臘ノ行政官及ヒ裁判官ヲ居留地ニ於テ任シタリ然ルニ希臘國民カ埃及ノ内地ニ旅行スル場合ニ於テハ埃及ノ法律ニ從ヒタリシモ内地ニ永住スル場合ニ於テハ家屋ヲ構ヘ商店ヲ設ケ土地ヲ所有スルコトヲ得タリト云フ

「フエニシヤ」人ハ有名ナル商業國民ニシテ常ニ外國人ト交通往來セシカ故ニ隨テ外國人ヲ嫉視スル念殊ニ薄ク外國ト條約ヲ締結スルニ方リテモ殆ト對等の條約ヲ締結セリ唯同國民ハ信義ヲ重ンセス條約ヲ解釋スルニ方リテモ羅馬人ノ所謂「ニカフヒデス」ヲ行ヒタリ蓋シ「ブニカフヒデス」トハ羅馬人カ「フエニシヤ」人ノ信義ナキコトヲ意味スル語ナリ

中世ノ初ニ於テハ外國人ノ權利ヲ一時大ニ制限シタルモ其後貿易ノ發達ト共

ニ各所ニ於テ自由市府ノ成立ヲ見ルニ至レリ而シテ此自由市府カ外國人ヲ寬待セシコトハ全ク商業上ノ利益ヲ收メントセシニ外ナラス隨テ外國人ヲ一定ノ居留地内ニ屏居セシメ時間ヲ限リテ貿易ヲ爲サメタル例尠カラス然レトモ概シテ外國人ノ負擔ヲ輕減セリ例ヘハ從來ニ於テハ外國人カ罪ヲ犯シタルトキ其朋友タル外國人又ハ親戚ヲ責任者ト看做シ其他民事ノ訴訟ニ付テモ外國人ニ莫大ナル保證金ヲ課シタル例アリシカ此時ヨリ漸ク其跡ヲ收メ保證金ノ如キハ單ニ訴訟費用ノ擔保トシテ徵收セララルニ至レリ又從來ノ制度ニ依レハ外國人カ死亡シタル場合ニ其財產ハ當然國庫ニ歸屬シタリシカ此時代ヨリ外國人ノ相續人カ之ヲ相續スルコトヲ得ルニ至レリ而シテ當時外國人ノ權利ヲ定メタル方法三アリ即チ法律ヲ以テ之ヲ定ムルモノ例ヘハ英國ノ「マダナカルタ」如シ或ハ行政官ノ認定ヲ以テ外國人ノ權利ヲ左右スルコトヲ得ルモノ歐洲大陸ニ於テハ此例殊ニ多シ及ヒ條約ヲ以テ定メタルモノ是ナリ此時ニ方リ十字軍ハ東西各國ノ交通ヲ媒介セシニ因リ歐洲ノ貿易上ニ一大變動ヲ與ヘタリ即チ地中海ノ諸島並ニ伊太利ノ海岸ニ位スル諸國ニ於テハ貿易非常

ニ發達シ殆ト歐洲ニ於ケル貿易ノ中心ト爲ルニ至レリ隨テ伊太利ノ海岸ニ發達シタル商慣習ハ外國ノ商人ニモ之ヲ適用シ殆ト内外人ヲ區別セサルニ至レリ伊太利法典カ今日内外人同等ノ主義ヲ規定スルハ其由來スル所久シト謂フヘシ又伊太利ノ内地ニ於テハ手形株式運送取扱銀行保險等ノ諸制度頻リニ發達シ外國ニ於テモ之ヲ採用スルニ至レリ學者カ所謂伊太利ハ四法ヲ以テ天下ヲ統治スト云ヘルハ所以ナキニアラス蓋シ四法トハ民法商法貴族制度及ヒ宗教法ヲ謂フ而シテ伊太利商法ノ傳播ト共ニ外國人ノ權利ヲ制限スル風益減少スルニ至レリ然レトモ內國人カ外國人ノ爲メニ儲ハレ又ハ外國人カ內國人ト會社ヲ組織スルコトヲ禁セタル例尠カラス而シテ當時外國人ハ大抵居留地内ニ住居セシカ故ニ居留地ハ一ノ貿易場タリ而シテ往往內國人ニ物品ヲ賣リタル後ニアラサレハ他ノ外國人ニ其物品ヲ賣ルコト能ハストノ禁止ヲ爲セシ國勢カラス所謂內國人ノ先買權ナルモノ是ナリ

居留地ナキ國ニ於テハ外國人ハ內國人ト雜居スルコトヲ得タルモ所謂「ヴィルト」保護ヲ受ケサルヘカラス蓋シ「ヴィルト」トハ外國人ヲ己ノ家ニ寄宿セシム

ル人ノ謂ニシテ「ザイルト」ノ家ニ寄宿セサル外國人ハ其權利ヲ侵害セラルルモ
法廷ニ訴フルコト能ハサリキ

中世ニ於ケル外國人ノ權利ニ付キ一異例ヲ示シタルモノハ「ハンザ」同盟ナリ
蓋シ「ハンザ」同盟ハ「スレーブ」人其他ノ暴民ヲ防クカ爲メニ起リタルモノニシ
テ「ハンブルヒ」「ブレーメン」等ノ間ニ組織セラレタル團體ヲ謂フ此團體ハ後ニ商
業上ノ利益ヲ共同ニ保護センコトヲ約シ恰モ國際法上ノ主體ノ如ク看做サレ
タリ此團體ハ歐洲北部ノ貿易權ヲ握リタルカ爲メ諸外國ノ人民ト交通スルコ
ト頗ル盛ニシテ其勢力大ナリシカハ英國其他ノ國ニ於テ多クノ特權ヲ享有ス
ルニ至レリ就中英國ニ於テハ「ハンザ」同盟ノ人民ハ一種ノ治外法權ヲ享有シ
又英國ノ法律ニ依ラスシテ隨意ニ會社ヲ組織シ若クハ集會ヲ爲スコトヲ得タ
リ然レトモ「ハンザ」同盟ハ自國內ニ來リタル外國人ニ對シ自國人カ英國ニ於
テ得タルト同一ノ權利ヲ認メサリキ此ノ如ク「ハンザ」同盟ハ外國人ノ地位ニ
付キ一異例ヲ示シタルトモ同盟ノ勢力地ニ墮ワルト同時ニ此一異例モ其跡ヲ
收ムルニ至レリ

英國ニ於テハ「ハンザ」同盟トノ交通ニ因リ大ニ商業上ノ智識ヲ得タリシヲ以
テ晚年ニ至リ漸ク「ハンザ」同盟ノ商人ヲ疎外スルニ至リ之ト同時ニ外國人ノ
權利ヲ制限スルニ至レリ學者カ往往英國ヲ稱シテ外人嫉視主義ヲ採リタル國
ナリト稱セシハ全ク此時代ヲ指シタルモノト謂フヘシ然レトモ英國ハ近世ノ
初ヨリ全然平等主義ニ傾キ歐洲大陸ニ於テモ居留地ノ撤廢ト共ニ復タ近世ノ
學說ヲ全然迎フル傾向ヲ生スルニ至レリ

次ニ近世ノ制度ヲ説明スヘシ

本論ノ初ニ於テ已ニ一言シタルカ如ク今日ノ學說ハ平等主義ニ一定セリト雖
モ往往相互主義ヲ本據トシテ平等主義ヲ認ムル國尠カラス隨テ相互主義ノ衝
突起ルヤ明カナリ

伊太利ニ於テモ法律ノ規定ハ亦平等主義ナリト雖モ學者ハ許多ノ例外ヲ認メ
而シテ此例外ノ範圍頗ル大ナルカ故ニ法典ノ認メタル平等主義ヲ覆ヘスモノ
ト謂フヘシ「ワイス」ハ嘗テ外國人ノ私權ニ關スル現行ノ制度ヲ三種ニ分類シタ
リ即チ條約上ノ相互主義法律上ノ相互主義及ヒ平等主義ノ國是ナリ而シテ動

產ニ關スル外國人の權利ハ何レノ國ニ於テモ之ヲ制限セサルヲ原則トシ中世以降行ハレタル遺產稅ノ如キモ今日ニ於テハ殆ト其跡ヲ絶ツニ至レリ然ルモ不動產ニ付テハ各國ニ於テ往往之ニ關スル權利ヲ制限セリ例ヘハ日本及ヒ北米合衆國ノ數邦ノ如キ是ナリ露西亞ハ從來亦同一ノ規定ヲ設ケタリシカ近年ニ至リ同國ノ或部分ヲ除ク外一般ニ此禁止ヲ解クニ至レリ

會社ヲ組織スル權利ニ付テハ今日之ヲ制限スル例頗ル多シ蓋シ會社殊ニ商事會社ハ伊太利佛蘭西ノ學者カ所謂國際公安ニ關スルカ故ナリ

外人ノ營業權及ヒ鑛山ノ發掘權ニ付テモ亦之ヲ制限スル例尠カラス

我民法第二條ニ曰ク外國人ハ法令又ハ條約ニ禁止アル場合ヲ除外私權ヲ享有ス」此規定ハ伊太利ノ法典ト同シク近世ノ學理ヲ代表シタルモノナリ抑モ外國人ノ私權ヲ非認スル規定ハ今日全ク其跡ヲ絶チ英米ニ於テモ實際上ニ於テハ殆ト平等主義ヲ採用セリ蓋シ千八百八十年國際法協會ニ於テ萬國ノ學者カ公言セタル如ク「人權ハ實ニ人類ノ生存ニ伴フモノナルカ故ニ我國ノ如ク内外人間ニ區別ヲ認メサルハ固ニ當ヲ得タルモノト謂フヘシ或ハ相互主義ヲ採ラサル

ハ我法典ノ缺點ナリト曰フ者アレトモ條約上ノ相互主義若クハ法律上ノ相互主義ノ何レヲ採ルモ蔽フヘカラサル一大缺點アリ即チ條約上ノ相互主義ヲ採ル國ニ於テハ無條約國ノ臣民ヲ人格者ニアラストスル結果ヲ生スレハナリ此主義ヲ採用スル佛蘭西白耳義等ノ立法例カ學者ノ非難ヲ受クルハ之ニ因レリ左レハ佛國ノ如キハ民法ノ明文アルニ拘ラス實際上ニ於テハ殆ト平等主義ヲ採用セリ法律上ノ相互主義ト雖モ又或種ノ外國人ヲ人格者ニアラストスル結果ヲ生スルノミナラス法律上ノ相互主義カ互ニ衝突スル場合ニ於テハ到底之ヲ取消スル途ナシ隨テ法律上ノ相互主義ヲ各國ニ於テ採用スルハ最も危險ナリ是ニ由リテ之ヲ觀ルモ我民法第二條ノ如キハ最も適當ナル規定ナリト謂フヘシ或ハ同條ニ法令ナル文字アルハ行政權ヲ以テ外國人ノ私權ヲ制限スルコトヲ認ムルモノニシテ平等主義ヲ採用シタル精神ト抵觸スルモノナリト云フ者アルモ種種ノ事情ニ徴スルモ行政權ヲ以テ外國人ノ私權ヲ制限スル必要アルコトハ外國ノ例ニ徴シテ之ヲ知ルヘシ

嘗テ我議會ニ右第二條ニ對スル修正案ヲ提出シタル者アリ此案ニ依レハ法令

及ヒ條約ニ於テ認許スル場合ニ限リ私權ヲ享有スルコトヲ得ルモノニシテ外國人ハ私權ヲ享有セスト爲ス英米ノ舊主義ヲ代表シタルモノナリ此主義ハ今日ノ定論ニ反スルノミナラス法律ヲ以テ外國人カ私權ヲ享有スル場合ヲ一列舉スルカ如キハ到底爲シ得ヘキ事ニアラス然ルニ又右第二條ヲ削除セントスル說ヲ作者アリ蓋シ該條ハ當然ノ事ヲ規定シタルモノナルカ故ニ無用ノ條文ナリトスルハ此說ノ理由ナルカ如シ然レトモ排外思想ノ盛ナル我國ニ於テ法律ノ精神ヲ誤解スル者之ナキヲ保スヘカラス故ニ外國人ノ私權ニ付キ何等ノ規定ヲ設ケサルハ危險ナリト謂ハサルヘカラス又或學者ハ第二條ヲ削ルモ第一條ノ規定アルカ故ニ外國人カ私權ヲ享有スヘキコト當然ニシテ第二條ハ重複ノ法文ナリト曰フ者アリ蓋シ出生ナル文字ニ重キヲ置キタルモノニシテ出生トハ日本臣民ノ出生ノミヲ指スニアラス獨逸民法ノ如ク人類一般ノ出生ヲ意味スルモノナリト解釋セリ然レトモ我民法ノ明文ハ獨逸民法ト異ナルモノナルカ故ニ余輩ハ此說ニ賛成スルコトヲ得ス此ノ如ク我國ニ於テハ原則上外國人ヲ內國人ト同等ナリトシテ認ムルモノナレトモ一國經濟上ノ必要コ

リ外國人ノ私權ヲ制限スル實例一ニシテ足ラス例ヘハ外國人ハ日本ノ國籍ヲ有スル船舶ノ所有者タルコト能ハス又或種ノ銀行ノ株主タルコト能ハス不動產殊ニ土地ノ所有權ヲ享有スルコト能ハサルカ如キ是ナリ此例外ハ國家力自衛權ノ結果ニシテ固ニ已ムヲ得サルモノナリ

第十一章 住所

今日英米並ニ南米及ヒ歐洲大陸ニ於ケル少數ノ國ヲ除クノ外國私法ノ學說及ヒ實例ハ何レモ人ノ本國法ヲ標準トシテ諸種ノ問題ヲ決定セリ蓋シ我國ヲ始メ近來ノ學說及ヒ立法例々住所法主義ヲ棄テテ本國法主義ニ傾キタル所以ノモノハ左ノ理由ニ出ツルモノナリ即チ外國人ノ住所ハ主權者及ヒ當事者ノ意思ニ因リテ何時ニテモ之ヲ變更スルコトヲ得之ニ反シテ國籍ノ變更ハ住所ノ如ク容易ニ行ハルモノニアラス又住所ハ之ヲ有セサル者アルカ故ニ其住所法ヲ適用スルニ由ナキコトアリ國籍ニ付テモ亦之ヲ有セサル者アリト雖モ今日ノ實例ハ何レモ之ヲ救済スル方針ヲ採レリ且ツ又住所ハ二箇以上ヲ有ス

ル者アルカ故ニ其住所法ヲ適用スル場合ニ困難ヲ感スヘシ然ルニ國籍ノ衝突ニ付テハ學說上之ヲ認メサルノミナラス今日ノ實例ハ多クハ之ヲ豫防スル方針ヲ探レリ尙ホ住所ノ衝突及ヒ無住所ノ問題ハ後段ニ之ヲ説明スヘシ此ノ如ク本國法主義ハ今日多數ノ國ニ於テ採用スル所ナレトモ尙ホ此等ノ國ニ於テ國際私法上住所ノ問題ヲ研究スル必要アリ例ヘハ辨濟債權ノ讓渡等ノ協合即チ是ナリ殊ニ住所ハ民事訴訟法ニ密著ノ關係アルカ故ニ國際訴訟法ヲ國際私法ノ一部分ナリト爲ス國ニ於テハ特ニ之ヲ研究スル必要アリ左レハ佛蘭西法系ノ國例ヘハ佛蘭西和蘭伊太利等ハ民法中ニ之ヲ規定スレトモ埃太利其他ノ國ニ於テハ民事訴訟法中ニ之ヲ規定スルモノ多シ余輩ハ住所ニ付キ左ノ如ク定義ヲ下サントス

住所トハ人カ其生活條件ヲ充タス爲メ根據ト爲シタル場所ヲ謂乙

尙ホ有名ナル學者ノ定義二三ヲ示スヘシ

「サビニー」曰ク

住所トハ人カ永住ノ目的ヲ以テ其法律關係及ヒ業務ノ中心トシテ任意ニ選

定シタル場所ヲ謂フ

「ウインドシャイド」曰ク

住所トハ人ノ種種ノ關係及ヒ業務ノ中心トシテ任意ニ選定シタル場所ヲ謂フ

「デルンブルヒ」頗ル簡單ニ之カ定義ヲ與ヘタリ曰ク

住所トハ人ノ行爲ノ中心ヲ謂フ

以上ノ說ハ何レモ主觀主義ニ屬スルモノナリ然レトモ余輩ハ此等ノ中心說ニ満足セサル者ナリ蓋シ中心說ハ羅馬法ヨリ來リタルモノニシテ羅馬法學者ハ中心說ヲ唱フル者頗ル多シ然ルニ羅馬法學者ハ二箇以上ノ住所ヲ認ムルカ故ニ中心說ト撞著スルモノト謂ハサルヘカラス蓋シ情圓ニハ二箇ノ中心アルモ「サビニー」「ウインドシャイド」等カ認メタルカ如ク住所ノ數ハ必スシモ二箇ニ止マラス三箇以上之アルヘキカ故ニ三箇以上ノ中心アリトハ理論上言ヒ得ヘカラサルモノナレハナリ

次ニ「ムハイム」曰ク

住所トハ人ノ法律的生存ノ中心ヲ謂フ

此定義ハ又中心說ヲ代表シタルカ故ニ以上ノ駁論ヲ以テ之ヲ批評スルコトヲ得ルノミナラス法律の生存ナル語ハ「モンベン」及ヒ「ペール」カ評シタル如ク廣汎ニ失スルナキカ蓋シ住所ハ總テノ法律上ノ生存ノ中心ト看做サレタルモノニアラス例ヘハ刑法ノ如キ若クハ刑事訴訟法ノ如キ人ノ住所ト密接ノ關係ヲ有セサルモノナリ民事訴訟法及ヒ民法ノ如キハ勿論人ノ法律の生存ノ中心ナル觀念ヲ以テ住所ヲ意味セリト言ヒ得ヘキモ法律界ノ一部分ニ過キサレカ故ニ法律の生存ノ中心トハ少クトモ住所ノ性質ヲ誤解スルモノト謂フヘシ

「ボチエー」曰ク

人カ住居及ヒ業務ノ使用トシテ定メタル場所ヲ住所ト謂フ

「クラウドン」曰ク

住所トハ人カ其財産ヲ管理シ諸般ノ事業ヲ處理スルカ爲メニ住居スル場所ト其人トノ無形上ノ關係ヲ謂フ

「グアッタル」曰ク

住所トハ永住ノ目的ヲ以テ一定ノ場所ニ住居スルヲ謂フ

又米國ノ「ホワルトン」ハ曰ク

住所トハ終局ノ住所トシテ取得シタル家宅ヲ謂フ

以上ノ定義ハ何レモ中心說ヲ避ケタルモノナルカ故ニ獨逸學者ノ定義ニ比シテ多少優ル所アルカ如シ但シ以上ノ定義カ主觀主義ニ屬スルヤ或ハ客觀主義ニ屬スルヤハ明カナラスト雖モ主觀主義ヲ採リタル佛蘭西民法第百二條ハ「ボチエー」ノ說ト相類スル所ヲ見レハ少クトモ「ボチエー」ハ主觀主義ヲ採リタルモノト謂フコトヲ得ヘシ從來佛蘭西學者ハ大抵主觀主義ニ屬スルカ如シ以下此兩主義ノ優劣ヲ批評スヘシ

主觀主義ヲ代表スル佛國民法ノ註釋者ハ何レモ主觀主義ヲ主張セリ「ツハリエ」氏ノ說ニ依レハ佛國民法ノ所謂生計ノ主要地若クハ生計ノ本據ト譯スヘキ「ブランレバール」エタプリスマン「テ」ル語ハ生活ノ中心ナリト解釋セリ蓋シ佛國ノ舊法ニ依レハ羅馬民法ト同シク二箇以上ノ住所ヲ認メタルモ現行法ニ於テハ唯一ノ住所ヲ認メタルカ故ニ「ツハリエ」氏ノ說ハ佛國民法ノ解釋トシテハ勿論妨ナシト雖モ數多ノ住所ヲ認ムル獨逸民法ノ正文佛國民法ト殆ト同一ナリ

ヲ解釋スルニ當リ尙ホ中心說ヲ主張スルハ解スヘカラサル所ナリ而シテ主觀主義ヲ採リタル法律ノ下ニ於テ住所ノ構成條件トシテ意思及ヒ事實ノ二ヲ必要ト爲スハ殆ト反對說ヲ見サル定說ナリトス即チ永久又ハ不定ノ目的ヲ以テ住居ヲ定ムルコト是ナリ而シテ此等ノ國ニ於テ住所アルコトヲ證明セントセハ先ツ住所ナル事實カ本人ノ意思ニ相當スルモノナルヤ否ヤヲ調査セサルヘカラス英國若クハ佛國ニ於テハ本人ノ意思ハ直接ニ口頭若クハ書面ヲ以テ表示スルコトヲ認ムレトモ其他ノ國ニ於テハ此ノ如キ意思表示ノ方法ヲ認メサルモノ頗ル多シ隨テ住所ノ有無ヲ知ルハ容易ノ業ニアラス英佛ニ於テハ本人カ虛偽ノ申立ヲ爲スコト往往之アルカ故ニ英佛ノ方法ハ未タ完全ナリト謂フヘカラス之ニ反シテ客觀主義ニ依レハ單ニ生活ノ本據タル事實ノミニ依リテ住所ノ有無ヲ決シ本人ノ意思如何ヲ問ハサルカ故ニ證明ノ點ニ於テ頗ル容易ナリトス加之客觀主義ハ今日ノ法律取引ニ最モ良ク適合スルカ故ニ現今未タ其勢力ヲ得スト雖モ將來各國ノ立法例ニ於テ採用セララルノ日アルヘシ現ニ瑞西聯邦内ニ於テハ客觀主義ヲ認ムル實例尠カラス我民法ハ佛國民法ト其法

文ヲ同シウスルカ故ニ或ハ主觀主義ヲ採リタルモノトシテ之ヲ解釋スル者ナキニアラサルモ佛國民法ト同シク單ニ明文上ヨリ觀レハ專ロ客觀主義ヲ採リタルモノト解釋スルコトヲ得ヘシ佛國民法ト雖モ住所變更ノ場合ニ主觀主義ヲ採リタルニ由リ始メテ其全體ニ於テ主觀主義ヲ採リタルコトヲ知り得ルモ我民法ハ佛國西民法及ヒ獨逸民法ト異ニシテ住所變更ノ場合ニ主觀主義ノ規定ナキニ由リテ之ヲ觀レハ佛國民法及ヒ獨逸民法ト全ク其主義ヲ異ニスルヲ知ルニ足ルヘシ殊ニ民法草案起草者ノ意見ハ客觀主義ヲ採用シタリト聞ケリ

次ニ住所ノ範圍ヲ説明スヘシ

民法上住所ハ如何ナル土地ノ區域ト結合スルヤ例ヘハ住所ハ日本國全體ニ於テ其範圍ヲ有スルヤ或ハ東京ニ住所ヲ有スル者ハ東京全體ニ於テノミ其範圍ヲ有スルヤ蓋シ住所ノ範圍ハ法律ノ規定ニ依リテ同一ナラサルカ如シ例ヘハ訴訟上ニ於テ訴訟物ノ價額ニ依リ一定ノ地方團體ニ住所アリト看做スコトアリ或ハ是ヨリ廣大ナル地方團體ニ住所アリト看做スコトアリ或ハ單ニ一定ノ

家宅ノミヲ以テ住所ト看做スコトアリ然ラハ國際私法上ニ於テモ亦此範圍ハ全ク同一ナリヤ否ヤハ一ノ問題ナリ例ヘハ我國ニ來リタル獨逸人カ本國ノ普漏西ニ於テ住所ヲ有シ且ツ「バイエルン」ニ於テモ住所ヲ有シタル場合ニ我法例ニ依リ其住所ニ行ハルル法律ヲ適用セントスルトキハ「バイエルン」全體ノ範圍ヲ以テ住所ノ範圍ト看做スヘキヤ此場合ニ於テハ本人ハ獨逸國內ニ於テ二箇ノ住所ヲ有スルモ外國ニ對シテハ仍ホ一箇ノ住所ヲ有スルモノト謂フヲ得ヘキヤ如シ又獨逸國ニ於ケル獨逸人ニシテ獨逸國內ニ一ノ住所ヲモ有セサルコトアリ此場合ニ國際私法上仍ホ無住所ノ臣民ト看做スヘキヤ否ヤ獨逸ノ法律ヨリ觀レハ住所ヲ獨逸ニ有セサルハ疑ナシト雖モ之ヲ他ノ國ヨリ觀ルトキハ本人ノ生計ノ本據ハ獨逸ニ在リト謂フコトヲ得ヘシ彼ノ獨逸内ニ於テ各所ニ轉商スル行商ノ如キハ獨逸法學者カ屢無住所ノ人民トシテ吾人ニ教フル所ナリ然レトモ萬國ノ大社會ヨリ之ヲ觀レハ獨逸ニ於テ生活ノ本據ヲ有スルコト疑ナカルヘシ唯獨逸國內ノ一定ノ土地ニ住所ヲ有セサルニ過キサリナリ我法例ハ此問題ニ付キ如何ナル説明ヲ爲スヤハ吾人ノ研究セントスル所ナリ我法例ニ

於テハ住所ノ觀念ハ我法律ニ依リ之ヲ定メサルモノノ如シ例ヘハ我法例ハ住所ノ衝突ヲ認メテ其救済ノ方法ヲ規定シタリ假ニ我民法カ唯一主義ヲ採リタルモノトセハ住所ノ衝突ヲ生スル必要ナカルヘシ法例起草者ハ住所ニ付キ唯一主義ヲ採リタルニ拘ラス猶ホ且ツ此ノ如キ規定ヲ設ケタルハ住所ノ觀念ヲ外國ノ法律ニ依リテ定ムルノ趣意ナルコト明白ナリ即チ前ニ示シタル獨逸人ノ例ヲ以テ觀レハ右獨逸人ハ「バイエルン」及ヒ普漏西ニ於テ住所ヲ有スルモノト認メタルモノニシテ獨逸法律ニ依リ住所ノ觀念ヲ定メタルモノナリ然レトモ住所ノ範圍ニ至リテハ外國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムルニアラスシテ一ノ法境ニ依リテ之ヲ定ムルモノトス隨テ我國ニ來リタル獨逸ノ臣民ニシテ普漏西人タル者カ普漏西ニ於テ二箇ノ住所ヲ有スルコトアルモ我法例ヨリ之ヲ觀レハ其實唯一ノ住所ニ過キサリモノトス何トナレハ普漏西ハ同一ノ法境ヲ有シ二箇ノ住所ハ等シク同一ノ法律ノ下ニ於テ有スルモノトス然ルニ我法例ノ住所ハ法律適用ノ標準トシテ之ヲ認ムルニ過キス故ニ我法例ヨリ觀レハ同一ノ法境ニ屬スル外國内ニ於テ二箇ノ住所ヲ有スルモ其實一箇ノ住所法トシテ之ヲ

適用スルモノナリ然ラハ我、法例ノ所謂二箇以上ノ住所トハ二箇以上ノ住所ヲ各異ナリタル法境ニ於テ有スル場合ナリトス
外國ニ於テ住所ヲ有セサル者ハ我法例ヨリ之ヲ觀レハ等シク無住所ノ人民ナリ即チ我法律ハ外國ノ全體ニ於テ生活ノ本據アル場合ヲ想像セサルモノニシテ今日ノ學說モ亦何レモ之ト同一ナリ

次ニ住所ノ種類ヲ説明スヘシ

我國ノ學者ハ住所ヲ分チテ任意住所及ヒ法定住所ノ二ト爲ス者アリ或ハ右ノ外本住所及ヒ假住所ノ四種ト爲ス者アリ英米ノ學者ハ概テ固有住所選擇住所及ヒ法定住所ノ三種ヲ認ム蓋シ住所ノ問題ニ付キ最モ研究ヲ爲シタル者ハ英、米ノ學者ナルカ故ニ少ク其說ヲ紹介スヘシ固有住所或ハ出生住所トハ人カ出生ニ依リテ取得スル住所ヲ謂フモノニシテ選擇住所トハ固有住所ヲ棄テテ新ニ他ノ住所ヲ取得スル場合ヲ指稱ス而シテ法定ノ住所トハ本人ノ意思如何ヲ問ハス法律上ノ結果トシテ當然取得スル住所ヲ謂フ例ハ妻カ夫ノ住所ニ從フ如キ是ナリ英國ノ碩儒「フイリモア」ノ說ニ依レハ英國ニハ十五ノ法定住所

アリト云フ右住所ノ三分類ハ正當ヲ得タルモノニアラサルカ如シ何トナレハ出生ニ依リ父母又ハ生地ノ住所ヲ取得スルモ亦法律ノ結果ナレハナリ左レハ「フリート」ヲ如キハ住所ヲ固有住所取得住所ノ二ト爲セリ然ルニ此分類モ亦服スルヲ得ス何トナレハ固有住所モ亦法律ノ結果ニ依リテ取得スルモノナレハナリ而シテ「フリート」ハ取得住所中ニ所謂法定住所ヲモ編入スルニ至リテハ益其穩當ナラサルコトヲ知ル而シテ佛國ノ學者ハ政事上ノ住所租稅上ノ住所民事上ノ住所等ヲ區別セリ獨逸學者ハ住所ヲ二大別シ任意及ヒ法定ノ二住所ト爲セリ此說蓋シ正當ナラン任意住所ハ本人ノ意思ニ因リテ取得スル場合ヲ指稱スルモノナレトモ客觀主義ノ國ニ於テハ單ニ法律ノ結果ニ依ラサル場合ノミヲ指稱セリ而シテ法定住所ハ今日各國ニ於テ概テ認ムル所ナルカ今日一般ニ採用セラレタルモノハ左ノ數種ナリトス

第一 妻ノ住所 妻ハ夫ノ住所ニ從ヒ獨立ノ住所ヲ設定スル能ハサルハ羅馬法以來英佛、獨其他ノ國ニ於テ一般ニ採用セラレタル規定ナリトス蓋シ夫婦住所ヲ共ニセサルトキハ婚姻ノ目的ヲ達スル能ハサルニ因レリ我國ニ於テハ妻

ノ住所ニ付キ特別ノ規定ナキモ妻ハ夫ト同居スル義務アルカ故ニ其結果ハ諸外國ト同一ナリ而シテ英國ニ於テハ妻カ夫ト離婚スル場合ニハ獨立ノ住所ヲ設定スルコトヲ得ルハ勿論ナレトモ夫ノ承諾ヲ得テ別居スル場合ニ於テハ依然トシテ夫ノ住所ニ從フ又歐洲大陸ノ某國ニ於テハ婚姻解消後ト雖モ妻ハ夫ノ住所ニ依ル我國ニ於テハ此ノ如キ規定ナク且ツ我民法カ果シテ客觀主義ヲ採リタルモノトモハ婚姻解消後ニ於ケル妻ノ住所ハ一ノ事實問題ナルヘシ

第二 未成年者 未成年者カ親權ヲ有スル者ノ住所ニ從フコトニ付テハ亦前ノ場合ト同シク一般ノ國ニ於テ認メラレタル規定ナリ我國ニ於テモ親權ヲ有スル者ハ子ノ住所ヲ指定スルコトヲ要ス然ルニ子カ修學ノ爲メ外國ヘ赴キタル場合ニ於テハ從來種種ノ問題ヲ生セリ羅馬法ニ於テハ子ハ親權ヲ有スル者ノ住所ニ從フヲ原則トスレトモ學生ハ一定ノ期間親權者ノ住所以外ニ居所ヲ有スル事實ニ依リテ當然獨立ノ住所ヲ取得セリ羅馬法王モ亦同一ノ事ヲ認メタリシカ今日ニ於テハ斯ル規定ヲ設クル國ハ北米合衆國「マツシヤフデッ」ニ於テ僅ニ其例ヲ見ルノミ

其三 終身ノ禁錮者 犯罪ノ爲メニ終身監獄ニ禁錮セラレタル者ハ監獄ニ於テ住所ヲ有スルコトハ古來一般ニ認メラレタル所ナリ

第四 軍人 獨逸民法ハ軍人ノ住所ハ兵營所在地ニ在リト規定セリ此例ハ古來外國ニ於テモ屢見ル所ナリトス唯獨逸民法ハ兵役義務者ノミヲ例外ト認メ

タリ

住所ヲ設定スルニ意思及ヒ之ニ相當スル事實アルコトヲ要ストハ主觀主義ヲ採用スル學者並ニ判決例ノ等シク唱フル所ナリ英米ノ學說ニ依レハ所謂固有住所ハ父又ハ母ノ住所若クハ出生地ニ於テ當然取得スルモノニシテ意思ノ存在ヲ要セスト爲セリ然レトモ生後ノ住所即チ「フート」所謂取得住所ヲ取得スル場合ニ於テハ右ニ示シタル二箇ノ條件ヲ要スルコトヲ爲セリ而シテ住所ヲ設定スル行為ハ我民法及ヒ佛蘭西民法等ニ依レハ一ノ法律行為ナリ假ニ主觀主義ニ依リテ説明スレハト雖モ獨逸ニ於テハ之ヲ以テ法律行為ト認メス隨テ法律行為ヲ爲ス能力ナキ者ト雖モ住所ヲ設定スルコトヲ得ヘシ但シ法定代理人ノ同意アルコトヲ要ス即チ獨逸民法ハ此條ニ依リテ住所ヲ設定スル能力ト

法律行為ヲ爲ス能力ト全ク相異ナルコトヲ明カニセリ之ニ反シテ客觀主義ニ依レハ法律行為ノ集合地ハ即チ住所ナルカ故ニ單ニ此一事實ヲ以テ住所ノ存在ヲ定ムルコトヲ得ヘシ或ハ我民法ノ客觀主義ヲ採リタルコトヲ證明センカ爲メニ我民法ハ無能力者ノ住所ニ付テ規定ヲ設ケサルコトヲ理由トスル者アルモ無能力者ノ居所ハ自ラ之ヲ定ムルコト能ハサルカ故ニ右ノ理由ヲ以テ我民法ノ客觀主義ヲ採リタルコトヲ證明スルニ足ラサルヘシ

今日一般ノ學說ニ依レハ住所ヲ廢棄スル場合ニ於テモ亦意思及ヒ事實ノ二要素アルコトヲ要ストセリ例ヘハ甲地ニ於テ住所ヲ有シタル者カ乙地ニ住所ヲ移サント欲シ其意思ヲ口頭若クハ書面ニテ表示スルモ未タ居所ヲ移ササルトキハ依然トシテ甲地ニ住所ヲ有スヘク之ニ反シテ乙地ニ全ク居所ヲ移スモ所謂永住ノ意思カ尙ホ甲地ニ在ルトキハ依然トシテ甲地ニ於テ住所ヲ有スルコト爲レリ此說未タ余輩ノ理會スル能ハサル所ナリ何トナレハ主觀主義ヲ唱フル者ノ言ヘルカ如ク住所ノ設定ニ意思及ヒ事實ノ二ヲ要ストセハ其一ヲ失フノミニテ已ニ住所ノ本體ハ其實ヲ失ヒタルモノト謂ハサルヘカラサレハナ

リ得レトモ此一般ノ學說ハ英米ハ勿論歐洲大陸ノ實例ニ於テモ採用セラルル所ナリトス而シテ瑞西ニ於テハ舊住所ヲ實際喪失シタルニ拘ラス即チ意思及ヒ事實ノ二カ全ク消滅シタルニ拘ラス猶ホ新ニ住所ヲ取得セサル間ハ舊住所ノ存在ヲ認メリ是レ一ノ法律の假定ニシテ特ニ明文ナキ國ニ於テハ之ヲ認ムルコトヲ得サルナリ余輩ノ知ル所ニ依レハ尠クモ獨逸ニ於テハ之ヲ認メス佛國ニ於テモ亦然ルカ如シ之ニ反シテ英米ニ於テハ瑞西ト全ク同様ナリトス尙ホ住所ノ廢棄ニ付テ無住所ノ場合ヲ説明スヘシ

英米ノ判決例ハ人ハ必ス住所ヲ有セサルヘカラストノ原則ヲ確定セリ然ルモ英國以外ノ國ニ於テハ何レモ皆無住所ヲ認メサルハナシ瑞西ノ如キハ英米ノ如ク一般ニ無住所ヲ否認スル傾アレトモ猶ホ且ツ浮浪ノ徒行商等ヲ以テ無住所ノ人ナリトセリ獨逸ニ於テハ「サビニ」カ管テ無住所ノ三例ヲ示シタリシカ今日一般ニ之ヲ認メタリ「サビニ」ノ三例トハ「第一舊住所ヲ廢棄シテ未タ新住所ヲ取得セサル者第二浮浪ノ徒第三行商是ナリ英國ニ於テ曾テ問題ト爲リタルハ固有住所ヲ廢棄シタル者カ新ニ住所ヲ取得シ而シテ此新住所ヲ更ニ廢棄

シタル場合はナリ此場合ニモ無住所説ヲ唱フル者アリシカ「ウドニー」對「ウドニー」ノ判決以來固有住所ハ當然復活スルコトナレリ而シテ英國ニ於テハ判決ハ以テ法律ノ不備ヲ補フコトヲ得ルカ故ニ同國ノ判決例ハ法律ト同一ノ效力ヲ有スルモノニシテ判決ハ全ク立法ノ作用ヲ爲スモノナリ隨テ「ウドニー」對「ウドニー」ノ判決ハ固有住所復活ノ明文ヲ特ニ設ケタルト同一ノ結果ヲ有スルモノニシテ今日ニ於テハ更ニ新ナル判決例ヲ生スルニアラサレハ此規定ヲ援ヘスコト能ハス然ルニ「ウドニー」對「ウドニー」ノ判決例ヲ外國ノ學者カ往往其國法ノ解釋トシテ援用スル者アルハ頗ル解セサル所ナリトス蓋シ一旦消滅シタル住所カ更ニ復活スルコトハ明文ナキ國ニ於テ論理上當然認ムヘキモノニアラサレハナリ

此ノ如ク無住所ノ人アルカ故ニ之ヲ認ムル國ニ於テハ居所ヲ以テ之ヲ補フ例驗カラス例ヘハ日本獨逸其他ノ實例皆然リトス

次ニ研究スヘキハ一人ニシテ數多ノ住所ヲ併有スル場合アリヤ否ヤノ問題はナリ學者カ所謂複住所或ハ住所ノ衝突ナル名稱ヲ之ニ付スルモノナリ

英國ニ於テハ從來複住所ニ付テ議論アリシカ「ソマビール」對「ロールトフマビール」ノ判決以來唯一主義ヲ認ムルニ至レリ米國ニ於テモ「アバンドン」對「フリンデイオーター」ノ判決以來亦複住所ヲ一般ニ否認スルニ至レリ佛國ニ於テハ「ワハリエ」氏ノ書ニ依レハ現行民法施行前ニ於テハ全ク複住所ヲ認メタリシカ今日ニ於テハ一般ニ之ヲ否認スルニ至レリ而シテ「ムハイム」氏ノ説ニ依レハ佛國ニ於テ此ノ如ク學說ヲ一定セシハ佛國民法第百二條「ブランシバール」ニタブリシユマン「生計」ノ主要地ナル文字ノ解釋ノ結果ナリトス

羅馬ニ於テハ「ウルピヤン」及「パウルス」以來一般ニ複住所ヲ認メタリシカ獨逸現在ノ學說モ亦一般ニ之ヲ認メタリ而シテ同國ノ現行民法ニ於テハ特ニ明文ヲ掲ケテ複住所ヲ認メ以テ將來起ルヘキ學說ノ紛糾ヲ豫防セリ今複住所ヲ認メタル獨逸新民法ノ草案理由書ヲ見ルニ其說明頗ル簡單ナリ即チ法律關係ノ性質ハ種種ナルカ故ニ隨テ唯一ノ中心ヲ有スルモノニアラス甲種ニ屬スル法律關係ハ乙種ニ屬スル法律關係ト其集合地ヲ異ニセサルヘカラス是レ二箇以上ノ住所アル所以ナリ云ト其所謂權利カ其性質ヲ異ニスル云云ハ恐ラクハ

權利カ其體様ヲ異ニスル云云ノ意味ナルヘシト雖モ余輩ハ法律關係カ其體様ヲ異ニスルニ從ヒ其集合地ヲ異ニスルコトハ信シテ疑ハサル所ナリ例ヘハ學者カ往往例示スル甲地ニ於テ農業地ヲ有シ而シテ乙地ニ於テ製造場ヲ有スル人ニ付テ之ヲ言ハンニ農業所有者トシテ有スル法律關係ト製造場ノ所有者トシテ有スル法律關係トハ其體様ヲ異ニスヘキコト明カナルカ故ニ若シ農業地タル甲地ヲ以テ唯一ノ住所ト看做ストキハ製造場ノ所有者タル資格ニ固著スル法律關係ハ頗ル不相當ナル取扱ヲ受クルニ至ルヘシ獨逸ノ實例ヲ見ルニ數百年間複住所主義ヲ實行シタレトモ未ダ曾テ之カ爲メニ困難ヲ生シタルコトナシ而シテ此主義ニ反對スル英國ニ於テモ近來複住所ヲ認メタル判決例ヲ見ルニ至レリ殊ニ英國學者カ所謂準住所ノ如キハ唯一主義ヲ貫ク能ハサル證據ト看ルコトヲ得ヘシ

此ノ如ク普通ノ國法上ニ二箇以上ノ住所アリトスレハ國際私法上ニ於テモ仍ホ複住所ヲ認ムヘキヤ否ヤ獨逸ノ學說ハ國際私法上ニ於テハ全ク單獨住所ヲ認メ殊ニ「パール」ノ如キハ二箇以上ノ住所アル場合ニ於テ最後ニ取得シタル住

所ヲ標準ト爲スヘシト謂ヘリ此說ハ「パール」自ラ代表シタル主觀主義ト衝突スルコトナキカ何トナレハ意思及ヒ事實ノ二要素備ハルニアラサレハ住所ヲ構成セサルハ「パール」氏ノ意見ナリ而シテ此ニ要素ハ住所ヲ設定スル場合ニモ亦喪失スル場合ニモ共ニ其標準ト爲ルモノニシテ若シ最後ニ住所ヲ取得シタル場合ニハ舊住所ハ當然消滅スルモノナルカ故ニ勿論住所ノ衝突ナルモノノ生スヘキ理ナシ然ルニ二箇並立シタル場合ニ於テ「パール」氏ノ解釋ヲ聞クコト能ハス即チ甲乙二地ニ於テ住所ヲ設定シタル場合はナリ此場合ハ生後ノ事實ニ因リ設定セラルル場合ナキニアラサルモ多クハ英國學者ノ所謂固有住所ノ場合ニ多キモノトス例ヘハ獨逸人タル母カ其私生子ヲ英國ノ某地ニ於テ遺棄シタルトキハ其子ハ父母ノ分明ナラサル子トシテ生地ニ住所ヲ取得スルハ英國ノ制度ナリ之ニ反シテ獨逸ノ制度ニ依レハ私生子ハ母ノ住所ニ隨フカ故ニ若シ母カ獨逸ニ於テ住所ヲ有スルトキハ縱令認知ヲ遅ク爲シタル場合ト雖モ出生ノ當時ニ右私生子ハ獨逸國ニ於ケル母ノ住所ニ隨フモノトス即チ右私生子ハ獨逸國及ヒ英國ニ於テ住所ヲ有スルモノニシテ「パール」ハ之ニ付テ何等ノ說

明ヲ與ヘス我法例モ亦住所ノ衝突ニ付テハ國籍ノ衝突ニ關スル規定ヲ準用スルカ故ニ出生ニ因ル國籍ノ衝突ノ場合ヲ規定セサルト同シク出生ニ因ル住所ノ衝突ノ場合ニ付テモ其規定ナシ此ノ如ク住所ノ衝突ハ今日避ケ得ヘカラスシテ之ニ關スル豫防手段ナキヲ見レハ住所ヲ以テ絕對ニ國際私法上ノ問題ヲ解釋スル標準ト爲スヘカラサルコトヲ知ルヘシ

次ニ法人ノ住所ヲ説明スヘシ

法人中公法ノ範圍ニ屬スルモノハ一定ノ土地ニ固著スルカ故ニ其所在地ハ即チ住所ニシテ此種ノ法人ノ住所ニ付テハ殆ト問題ヲ生ヒス之ニ反シテ私法上ノ法人ノ住所ニ付テハ或ハ法人ヲ設立シタル地ニ住所アリト曰フ者アリ或ハ主タル業務ヲ行フ地ニ住所アリト曰フ者アリ蓋シ法人ニ關スル法律關係ノ實際集合スル道理ナルカ故ニ今日各國ノ實例及ヒ學說ハ我新民法ノ如ク右ニ述ヘタル第二ノ說ニ傾クニ至レリ公法上ノ法人ハ其所在地唯一ナルカ故ニ住所ノ衝突起ルヘキ理ナシト雖モ私法上ノ法人ニ至リテハ二箇以上ノ住所ヲ有スル

コトアリヤ否ヤノ問題ヲ生シタリ就中商事會社ノ住所ニ付テ然リトス然ルニ今日ニ於テハ二箇以上ノ本店ヲ有スル能ハストノ前提ヨリ商事會社ノ住所ハ唯一ナリト論結セリ是レ獨逸學者間ニ於テスラ尙ホ殆ト一定セル議論ナリトス故ニ支店ノ數ノ如キハ住所ニ何等ノ關係ナキモノトス之ニ反シテ法人ノ住所ハ所謂國籍ト同一ナリト曰フ者アリ例ヘハ國際私法學者トシテ今日名ヲ博シタル獨逸ノ「チーデルマン」氏ノ如キハ法人ニ付テハ國籍ト住所トノ問題ヲ二分スルノ理由ナシトノ說ヲ吐ケリ我國ノ學者間ニ於テモ亦此問題ヲ生シタルコトアリ「パール」氏ハ國籍ト住所ト全ク別種ナルコトヲ論セリ同氏ノ說ニ依レハ主タル業務ノ地ヲ標準トシテ法人ノ住所ヲ定ムルコトハ殆ト各國ニ於テ一般ニ採用セラルル所ナルカ故ニ實際ニ於テハ住所ヲ有スル國ハ即チ法人ノ本國ナルヘシト雖モ尙ホ例外ノ制度ナキニアラサルカ故ニ此場合ニ於テハ國籍問題ト住所問題トハ之ヲ別視セサルヘカラスト

第十二章 國際私法上ニ於ケル外國法ノ性質及ヒ其適用ノ範圍

今日各國カ互ニ交通ヲ爲スノ結果其間ニ生スル法律關係ノ標準ヲ單ニ內國ノ法律ノミニ取ル能ハサルヨリ遂ニ國際私法ノ原則ヲ發生シ外國法律ヲ適用スルニ至リタルハ既ニ上文ニ説明シタル所ナリトス然ルニ此外國法ノ性質ニ付テハ今日二箇ノ學說アリ甲說ヲ主張スル者ハ主權ノ性質ヨリ打算シテ曰ク主權ハ國境ヲ超エス而シテ法律ハ主權者ノ意思表示ナルカ故ニ若シ外國ノ法律カ果シテ法律タル性質ヲ備フルモノトセハ是レ外國ノ主權カ內國ニ行ハルルコトヲ認ムルモノニシテ主權ノ範圍ヲ減スル說ナリ抑モ一國內ニ二箇ノ主權カ併ヒ行ハレサルコトハ猶ホ二物同時ニ同一ノ空間ヲ充タス能ハサルカ如シ又外國ノ法律ヲ法律ヨリトセハ是レ裁判官ニ不能ノ事ヲ強フルモノナリ何トナレハ裁判官ハ法律ヲ知ルノ職責アルカ故ニ右ノ說ヲ果シテ正當ナリトセハ外國ノ法律ヲ一知ラサルヘカラス一國ノ法律スラ往々其解釋ヲ誤ル今日ニ於テ外國ノ法律ヲ知ルコトノ不能ナルハ素ヨリ言フテ埃タサル所ニアラスヤト之ニ反シテ他ノ一說ニ依レハ外國ノ法律ハ內國法律ト其性質ヲ同シウスルモノナリ余輩ヲ以テ之ヲ見ルニ英國學者ノ所謂主權ハ國境ヲ超エストノ格

言ハ余輩ノ固ヨリ疑ハサル所ニシテ外國法律カ當然內國ニ效力ヲ及ボスヘカラサルコトモ亦余輩ノ首肯スル所ナリ但シ一國內ニ唯一ノ主權ノミ行ハルルコトハ今日ノ常態ナレトモ又必然的ノモノニ非ス例ヘハモレスチ一ニ對スル白耳義及ヒ普漏西ノ共同主權ノ如キ一國內ニ二箇ノ主權ノ併ヒ行ハルル實例ナリ然レトモ余輩ハ共同主權ノ性質ニ付テ未タ十分ノ研究ヲ爲ササルカ故ニ之ヲ評論スルコト能ハサレトモ國際私法ヲ以テ國內法ナリト斷定スルトキハ外國法ヲ以テ國內法ト同一ノ性質ヲ有スルモノトスルモ決シテ主權ハ國境ヲ超エストノ法理ニ牴觸スルモノニアラス蓋シ國內法タル國際私法カ或法律關係ニ付キ外國法ノ適用ヲ命シタルトキハ外國法ハ一變シテ國內法ト爲リタルモノナリ國際私法カ外國法ノ適用ヲ命セサル以前ニ於テハ外國法ハ一ノ事實ニ過キサリシコトハ猶ホ法律ノ承認以前ニ於ケル慣習ハ一ノ事實ニ過キサリカ如シ而シテ裁判官ハ法律ヲ知ルトノ格言ハ今日世上ニ於テ往往誤解セラレタリ蓋シ裁判官ハ法律ヲ知ルトノ格言ハ主トシテ訴訟法ニ適用セラルヘキモノニシテ國家ノ機關タル裁判官ハ主權ノ客體タル人民ニ比シ寧ロ主權者ノ

意思ヲ知ルノ智識ニ富ムコトヲ意味スルノ語ニシテ絶對的ニアラスシテ相對的ナリ今日何レノ文明國ニ於テモ訴訟ノ制度ニ上告ノ方法ヲ採用シタルヲ見ルモ右ノ格言ハ相對的ニ解セサルヘカラス何トナレハ上告ハ裁判官カ法律ヲ知ラサルコトヲ豫期シテ設ケタル方法ナレハナリ鄧說或ハ奇矯ニ失スル觀アルモ余輩ハ之ヲ斷言シテ憚ラサルナリ抑モ上告審ハ法律解釋ノ統一ヲ圖ルモノナリトハ世人カ一般ニ之ヲ言フ所ナレトモ裁判官ニシテ法律ヲ知ルニ於テハ其適用ヲ誤マリ若クハ其解釋ヲ異ニスルコトナカルヘク隨テ上告ノ制度ヲ設クル必要モ亦之ナカルヘケレハナリ而シテ今日何レノ國ニ於テモ國際私法上適用スヘキ外國法ヲ純然タル事實ト同視セサルコトハ當事者ノ證明ニ羈束官ラルルニ依リテ明カナリ故ニ當事者ノ提出シタル證據方法以外ニ於テ裁判セカ自ラ外國法ヲ知ルトキハ當然之ニ從ヒテ裁判スヘキモノナリ又普通ノ事實ト異ナルハ外國法ノ證明ニ付テハ證據方法ヲ制限セサルニ依ルモノ之ヲ知ルコトヲ得ヘシ然レトモ外國法ヲ知ルコトハ困難ナルカ故ニ當事者ニ舉證ノ責ヲ負ハシメ以テ裁判官ノ智識ヲ補フコトト爲セリ

今日一般ノ學者ハ外國法證明ノ困難ヲ避ケンカ爲メニ夙ニ其方法ヲ研究セシカ偶千八百八十五年國際法協會ノ開會ニ臨ミ「ボルザ」氏ハ一ノ勸議ヲ提出セリ其趣意トスル所ハ各國ハ一ノ國際官廳ヲ設ケテ外國法ノ證明ヲ司ラシメ而シテ其證明ニ公正力ヲ與フルニ在リ然ルニ「ボルザ」氏ノ意見ハ協會ノ容ルル所トナラザリシカ他ノ議員ノ意見ハ却テ採用セラレタリ此意見ノ要旨ハ各國政府ヲシテ互ニ必要ナル法令ヲ交換セシメ且ツ百般ノ法令ヲ集メタル公報ヲ發行セシメントスルニ在リ然レトモ此決議ハ各國政府ニ於テ未タ實行スルニ至ラス然ルニ學者ハ種種ノ書ヲ公ニシテ外國法律研究ノ材料ニ供スルヲ見ルノミ例ヘハ「スタル」博士ノ發行ニ係ル條約彙纂ノ如キ「マルテン」氏「デフケン」等ノ諸學者ノ監督ヲ經テ今日ニ傳リタルモノナリ其他佛國ニ於ケル比較法學雜誌ノ如キ若クハ國際私法ニ關スル獨佛等ノ諸雜誌ノ如キ例ヘハ「ベーム」氏ノ國際私法雜誌ニ於テ「カーン」氏ハ日本國籍法ノ反譯ヲ公ニセリ又獨逸ニ於テ毎月二回發行スル法曹雜誌ノ如キ發刊毎ニ法律命令ヲ讀者ニ紹介セリ此ノ如ク學者ハ今日相當ノ機關ヲ備ヘテ各國ノ法律若クハ命令ヲ吾人ニ紹介スルカ故ニ吾

人カ外國法ヲ知ルハ世人ノ信スル如ク困難ナルモノニ非ス又學者ハ往往一大圖書館ヲ設ケテ各國ノ法律ヲ募集スヘシト曰フ者アリ或ハ外國ノ辯護士ニ內國ニ於ケル營業ニ便利ヲ與ヘ以テ外國法律ノ顧問ニ備フヘシトノ說ヲ唱フル者アリ然レトモ今日各國ハ互ニ公使ヲ派遣シ若クハ接受スルカ故ニ公使館ノ手ヲ經テ外國法律ノ調査ヲ爲サシムルハ最モ捷徑ナルヘシ裁判ノ場合ト少シク趣ヲ異ニスルモ我外務省カ據ニ海外公使館ニ依頼シテ外國人ノ地位ニ關スル各國ノ制度ヲ取調ヘシメタル如キ即チ此例ニシテ此取調書ハ實際外國法律家ノ手ニ成レリト云フ

外國法ヲ適用スヘキ場合ニ當事者カ之ヲ證明スルコト能ハス又裁判官カ職權上之ヲ調査スルモ終ニ之ヲ知ル能ハサル場合ニ於テ裁判ヲ如何ニスヘキヤ此場合ニ於テ裁判官ハ宜シク內國法律ニ依リテ裁判スヘシト曰フ者アリ獨逸高等商事裁判所ノ判決ノ如キ是ナリ然レトモ國際私法カ外國法ノ適用ヲ命スル場合ニ內國ノ法律ヲ適用スルハ國際私法ノ精神ニ衝突スルコトナキカ蓋シ外國ニ適用スヘキ法律之ナキ場合ニ於テハ內國法ヲ適用スヘシトノ說ハ一理アリト雖モ右ノ場合ニ於テハ外國法ナキニ非スシテ主觀的ニ之ヲ知ル能ハサルモノナリ所謂客觀的ノ不存在ニ非スシテ主觀的ノ不存在ナリ是ニ於テ「チーテルマン」氏ノ如キハ當事者カ攻撃上若クハ防禦上必要ナル證明ヲ爲シ能ハサルトキト同一ニ看做スヘシト論セリ即チ原告ノ訴ト被告ノ抗辯ハ不利益ノ結果ヲ生スヘシト言ヘリ然レトモ予輩ハ此說ニ服スル能ハス何トナレハ主觀的ノ存在ノ實際上客觀的ノ不存在ト異ナルモノニ非サレハナリ抑モ外國ノ法律カ全ク存在セサル場合ハ之ヲ適用セント欲スルモ到底得ヘカサルモノナリ而シテ國際私法ハ涉外的法律關係ニ何等ノ標準ヲ示セル精神ナリト解釋スルコトヲ得サルカ故ニ外國法カ之ナキ場合ニ於テハ內國法ニ依リテ涉外的法律關係ヲ決定セサルヘカラス而シテ外國ノ法律カ不明ナル場合若クハ存在セサル場合ハ屢々其例ヲ見ル所ニシテ例ヘハ我國ニ於ケル東洋諸國ノ人民ノ如キ是ナリ外國法ノ存在及ヒ内容等ヲ證明スルハ各國ニ於テ大抵當事者ノ責任ニ屬スルコトハ前ニ述ヘタル如シ我民事訴訟法ノ母法タル獨逸民事訴訟法ニ於テハ裁判所ニ不明ナル程度ニ於テ當事者ハ外國法ヲ證明セサルヘカラス之ニ反シテ

我民事訴訟法ニ依レハ外國法ハ之ヲ證明スヘシトアルカ故ニ其範圍大ニ異ナルカ如シト雖モ裁判官ハ職權上之ヲ調査スヘキハ日獨兩民事訴訟法共ニ同一ナリトス「コーリ」氏ノ如キハ裁判官ハ外國ノ法律ヲ調査スルノ權利アルモ義務ナシト斷定セシカ此說ハ少クトモ獨逸學者ノ爲メニ容レラレタル所ニシテ同國ニ於ケル一般ノ學說ハ裁判官ハ外國ノ法律ヲ調査スル義務アリト解釋セリ而シテ外國法カ上告ノ理由ト爲ル場合ヲ舉クレハ例ヘハ能力ノ問題ハ本國法ニ依リテ決スヘキハ我法例ヲ始メ歐洲大陸ニ於ケル諸立法例ノ趣旨ナリトス此時ニ方リ裁判官ハ內國ノ法律ニ依リ裁判シタルトキハ國際私法上適用スヘキ法律ヲ適用セサルモノニシテ上告ノ理由ト爲スヘシ其他能力ニ關スル外國法律ノ解釋ヲ誤リ成年者ヲ未成年者ト裁判シタル如キ是レ亦上告ノ理由ト爲ルモノトス佛國ニ於テハ民法其他法律ヲ以テ國際私法ノ問題ヲ規定シタル部分ノミヲ上告ノ理由ト爲セリ獨逸ニ於テハ外國法ノ適用問題カ上告ノ理由ト爲ラサルハ多數ノ解釋家ノ說ナレトモ此規定ヲ非難スル者頗ル多シ而シテ我民事訴訟法ノ解釋トシテハ予輩ハ外國法適用問題ハ上告ノ理由タルヘシト

信スル者ナリ蓋シ我民事訴訟ノ所謂法則ナル語ハ外國法ヲモ包含スルモノナレハナリ

裁判官ハ法律ヲ調査スル權利アルヤ否ヤハ公法學者中ニ問題ト爲リタルモノナレトモ余輩ヲ以テ之ヲ見レハ裁判官ハ真正ノ法律ニ依リテ裁判スヘキモノナルヲ以テ其法律ノ真正ナルヤ否ヤヲ調査スルノ權利ナカルヘカラス而シテ公法學者ノ書ヲ讀ムニ裁判官ノ調査權ヲ認ムル學者中ニテモ此權利ノ範圍ニ付テ異論アルモノノ如シ例ヘハ議會ノ採決ノ如キ是ナリ即チ適法ノ議決ニ依リテ法律案ヲ確定シタルヤ否ヤハ裁判官ノ調査スルコトヲ得ルモノニシテ若シ採決ノ手續ヲ誤リタルトキハ之ヲ無効ノ法律トシテ裁判上標準ト爲ササルコトヲ得ヘシト論スル者アリ而シテ國際私法學者ノ中ニ在リテモ國際私法上適用セラルヘキ外國法ニ對スル內國裁判官ノ調査權ハ國內法ニ對スル調査權ト同一ナリト論シ以テ調査權ノ範圍ヲ廣汎ニ認メ外國法カ適法ニ公布サレタルヤ否ヤノ事實マヲモ調査スルノ權利アリ且ツ義務アリト斷定スル者アリ國內法タル國際私法ニ於テ外國法律ノ適用ヲ命スル場合ニ於テ外國法律ノ全

體カ内國ニ於テ法律タル力ヲ有スルヤ或ハ當該條項ノミ法律タル力ヲ有スルヤ今日ニ於テハ當該條項ノミ法律タル力ヲ有スルコトハ殆ト議論ノ餘地ヲ見スト雖モ往往之ヲ疑フ者アリ蓋シ法律ノ條項ハ互ニ脉絡ヲ通スルモノナルカ故ニ例ヘハ佛蘭西民法ノ或條項ノミ我國ニ行ハレテ其餘ノ部分ハ法律タル力ナシト謂フコトヲ得サルカ如シ抑モ法律ノ條項カ互ニ相牽連シ恰モ有機體ノ細胞ノ如キ觀アルハ勿論事實ナリ然レトモ是レ單ニ實質上ノ意義ニ於ケル法律ニ付テ之ヲ言フノミ法律ナル語ヲ單ニ形式上ヨリ言フトキハ一法律ノ中ニ相互間何等ノ關係ナキ條項ヲ併列スルハ我國獨逸其他ノ國ニ於テ爲シ得ヘキ事ナリトス詳言スレハ箇箇分離シタル事項ヲ特別ノ法律トシテ公布スル煩ヲ避ケンカ爲メ法律ノ名ヲ以テ種種ノ關係ナキ事項ヲ規定スルハ差支ナキモノナリ故ニ此等ノ國ニ於テハ形式上ノ意義ニ於ケル法律ハ必スシモ抽象的ノ準則ニ非サルコトヲ知ルヘシ例ヘハ獨逸ニ於ケル豫算法ノ如キ是ナリ隨テ法律ノ條項ハ必ス脉絡ヲ通スルモノナリトノ說ヲ駁スルコトヲ得ヘシ若シ又論者カ所謂法律ヲ實質上ノモノトスルトキハ勿論其條項ハ互ニ連絡ヲ通スルモノ

ト謂フヘシ然ラハ國際私法ニ所謂外國法トハ形式上ノ法律ヲ指稱スルヤ或ハ實質上ノ法律ヲ意味スルヤ予輩ハ何レノ國ノ國際私法ニ於テモ外國法ハ常ニ準則ヲ意味スルモノナリト斷定セント欲ス果シテ然ラハ外國法ノ或條項ノミカ我國ニ於テ法律タル力アリト謂フコト能ハサルカ如シト雖モ國內法タル國際私法ハ一外國法ノ明文ヲ揭タルノ煩ヲ避ケンカ爲メニ本國法行爲地法住所地法等ノ概括的名稱ヲ用ヒタルニ過キス又實際上ヨリ觀察スルモ例ヘハ佛蘭西人ノ能力ニ關シテ其本國法ヲ適用スル場合ニ能力問題ノ標準トシテ必要ナルハ單ニ能力ニ關スル規定ノミ即チ佛蘭西民法中他ノ規定ハ能力ニ關シテ何等ノ關係ナキカ故ニ我法例カ之ヲ國內法トシテ認ムル必要ヲ見ス假ニ法律ノ條項ハ決シテ分離スヘカラサルモノトスルモ各國ノ國際私法ハ或場合ニ於テ外國法ノ適用ヲ排除セサルハナシ「プロシエ」氏カ所謂國際公安ノ問題是ナリ由是觀之外國法ハ國際公安ニ抵觸セサル部分ニ於テノミ適用ヲ受クルモノニシテ決シテ分割シ得サル道理ナシ又外國法ハ一ノ有機體ト假定スルモ外國ヨリ觀察スルトキニ於テノミ斯ク言ヒ得ヘキコトニシテ我國ヨリ觀ルトキハ法律タル

力ナキモノナルカ故ニ廣義ノ所謂事實ニ過キス故ニ有機體說ヲ以テ國際私法上適用セラルヘキ外國法ヲ説明スル能ハサルナリ
國際私法上所謂外國法ハ外國ノ成文法ヲ指稱スルノミナラス慣習法ヲモ包含スルモノニシテ如何ナル場合ニ慣習ヲ慣習法ト認ムヘキヤ否ヤハ內國ノ問題ニ非シテ外國ノ問題ナリトス

此ノ如ク外國法ヲ法律ナリト斷定スルトキハ如何ナル程度マテ國際私法カ其適用ヲ命シタルカ例ヘハ婚姻ニ關スル問題ヲ本國法ニ依リテ決スル場合ニ外國人ノ本國ニ於ケル民法中婚姻ニ關スル條項ノミヲ外國法ナル名稱ニ依リテ表ハシタルコトハ已ニ説明セシ所ナレトモ一旦我國國際私法ニ於テ婚姻問題ニ付キ本國法ノ適用ヲ命シタルトキハ絕對的ニ外國法ヲ國內法ト爲ス精神ト觀ルヘキヤ例ヘハ一夫數妻主義ヲ認ムル國ノ人民カ我國ノ如ク之ヲ認メサル國ニ來リテ婚姻ヲ爲ストキハ其本國法ニ依リテ其婚姻ヲ認ムヘキヤ否ヤ此等ノ問題ニ付キ諸國ノ法律ハ往往特別ノ條款ヲ設ケテ外國法ノ適用ヲ制限スル例協カラス即チ日本法例第三〇條伊太利「アルジャンチン」白耳義獨逸佛蘭西「モン

チチグロ」西班牙和蘭瑞西「コンゴ」等ノ如キ是ナリ所謂制限條款ナルモノ是ナリ而シテ制限條款ニ關スル學說ハ今日非常ニ紛糾シ國際私法學者カ最モ研究ニ苦心スル所ナリ而シテ「プロシェ」以來國際公安ナル文字ハ伊太利佛蘭西日本白耳義其他ノ國ニ於テ廣ク傳播シ此國際公安ナル文字ニ依リテ制限條款ノ法理ヲ説ク者頗ル多シ然レトモ同シク國際公安ナル文字ヲ用フル學者中ニ於テモ其解釋ヲ異ニスル者アリ故ニ予輩ハ日本其他外國ノ例ヲ紹介スル前ニ當リ制限條款ニ關スル學說ノ一斑ヲ示スヘシ

先ツ「サグギニ」氏ノ說ヲ紹介センニ其ノ要旨ニ曰ク國際私法カ渉外的法律關係ニ外國法ノ適用ヲ命スルモ其精神ハ內國ノ強制法ニ抵觸セサル範圍内ニ於テ之ヲ命ストノ意味ナリトス抑モ強制法ハ當事者ノ意思ヲ以テ左右スヘカラサル規定ニシテ或ハ道德ノ觀念ヲ基礎トスルモノアリ例ヘハ一夫數妻ヲ有スルコトヲ禁スル規定ノ如キ是ナリ或ハ公益ヲ基礎トシテ強制法ヲ定ムル場合アリ例ヘハ猶太人ニ不動産ノ所有ヲ禁スル規定ノ如キ是ナリ今同回教法ノ如ク一夫數妻ヲ認ムル國ノ人民カ內國ニ於テ婚姻ヲ爲スモ我國ニ於テハ一夫

一妻主義ヲ採ルカ故ニ之ヲ婚姻ト認ムヘカラス又猶太人ノ不動產所有ニ付キ
 內國ニ於テ問題ヲ生シタル場合ニ縱令猶太人ノ本國ニ於テ其所有ヲ認ムルモ
 我國ニ於テ之ヲ否認セサルヘカラス云云ト「サグ井ニ」ノ所謂強制法ノ範圍ハ
 頗ル廣濶ニ失スルモノト謂フヘシ蓋シ能力ニ關スル規定ハ當事者ノ自由ニ任
 スル能ハサル所ニシテ「サグ井ニ」ノ所謂強制法ナルニ拘ラス今日多數ノ國ニ
 於テ當事者ノ本國法若クハ住所法ヲ適用セサルハナシ況ヤ「サグ井ニ」自身モ
 能力ハ住所法ニ依リテ決定スヘキモノナリト謂フニ於テヤ
 次ニ「マルタンス」氏ノ說ニ依レハ外國ノ法律カ非理ニシテ且ツ內國法律ニ牴觸
 スル場合ニ於テハ內國ニ於テ之ヲ認ムヘカラスト曰ヘリ然レトモ內國ノ法律
 ニ牴觸スルトハ頗ル漠然タル語ニシテ內國法トハ民法商法ノ全體ヲモ指スモ
 ノナルヤ或ハ「サグ井ニ」カ所謂強制法ノ意味ナルヤ明カナラス
 「ニーマエル」ハ國際私法ノ草案ニ於テ左ノ如キ制限條款ヲ定メタリ曰ク本法ノ
 規定ノ趣旨及ビ目的カ絕對ノ適用ヲ望ムトキハ外國法ヲ排除シテ本法ノ規定
 ヲ適用スルコトヲ要ス外國法ノ適用ニ依リ道德上非難スヘキ制度又ハ權利請

求レヒツアンスブリツヘテ內國ニ於テ實行スルトキハ外國法ヲ適用セストノ
 イマン「ハ」曰ク請求ノ原因又ハ目的物カ內國ノ禁止法又ハ善良ノ風俗ニ牴觸ス
 ルカ又ハ請求ノ訴權カ內國法ニ於テ一般ニ認メラレサルトキハ前述ノ規定ニ
 依リ適用セラルヘキ外國法ニ依リ成立スルモ職權上此請求ヲ却下スルコトヲ
 要スト先ツ「ニーマエル」ノ說ヲ批評センニ絕對ノ適用ヲ望ムト謂フノ語ヲ以
 テ果シテ此問題ヲ解釋シタリト謂フコトヲ得ルヤ予輩ハ此文字カ「サグ井ニ」
 氏 同一ノ誤解ニ出テタルコトヲ惜シム者ナリ蓋シ能力ニ關スル規定ノ如キ
 所謂絕對ノ適用セラルヘキモノナルニ拘ラス「ニーマエル」氏ハ外國人ノ能力
 ニ付キ外國法ヲ適用スヘキコトヲ認メタリ又絕對ノ適用トハ外國法ヲ排除ス
 ルノ謂ナルニ於テハ此外國法ヲ排除スルカ故ニ外國語ヲ排除スト云フニ同シ
 又「イマン」氏ノ所謂禁止法ナル文字モ頗ル廣汎ニ失スルモノト謂フヘシ但シ
 善良ナル風俗ニ牴觸スル云云ナル語ハ近世各國法律ニ往々見ル所ニシテ隨テ
 現在ノ立法例ニ最モ重大ノ關係アルモノナルカ故ニ例ヘハ我法例ニモ亦此文
 字アリ予輩ハ善良ナル風俗ト云フ文字ニ付テ後ニ説明スヘシ

千八百八十年「オックスフォード」ニ於テ開キタル國際法協會ノ決議ニ曰ク

外國ノ公法又ハ公ノ秩序ニ牴觸スル法律ハ何レノ場合ニ於テモ其領土内ニ承認セラルルコトナク且ツ效力ヲ有スルコトナシ

次ニ「パール」ハ絕對的命令又ハ道德觀念ニ牴觸セサル外國法ノミ内國ニ於テ適用スヘキモノナリト曰ヘリ今同氏ノ意見ヲ摘示センニ曰ク絕對的命令ニ牴觸スル外國法ト雖モ其法律ニ依リ認メラレタル法律關係ノ實行ヲ内國ニ於テ爲ス場合ニ限リテ外國法ヲ認メサルモノナリ然レトモ其以外ニ於テハ縱令絕對的命令ニ違反スル法律關係ト雖モ外國法ニ依リテ之ヲ認メサルヘカラス例ヘハ一夫一妻主義ヲ認ムル内國ニ於テ一夫數妻主義ノ國ニ屬スル臣民カ數妻ヲ有スルコトハ内國ニ於テ之ヲ認ムルニ及ハス何トナレハ内國ノ絕對的命令ニ違反スル法律關係ヲ内國ニ於テ實行スルモノナレハナリ然ルニ一夫數妻主義ノ臣民カ生ミタル子ノ相續權ニ付キ内國ニ於テ問題ヲ生シタル場合ニ例ヘハ其子ノ嫡出子ナルヤ否ヤノ問題ヲ先決スル爲メハ必ス本國ノ法律ニ依ラサルヘカラス此場合ハ間接ニ一夫數妻主義ヲ認メタル如シト雖モ内國ニ何等ノ

害ヲ與フルモノニ非ス云云而シテ「パール」氏ハ外國法律其モノヲ幹ニ比シ而シテ内國ニ於ケル其效力ヲ根底ニ比較セリ其要旨ニ曰ク甲地ノ樹木カ乙地ニ其根底ヲ延長シタル場合ニ乙地ノ所有者ハ其根底ヲ切斷スルコトヲ得ヘシト雖モ甲地ニ立入リテ樹木ノ幹ヲ切斷スルコト能ハサル如ク内國法ノ内國ニ於ケル效力ハ絕對的命令ニ違反スル場合ニ於テ之ヲ否認スルコトヲ得ルモ外國法自體ヲ否認スルコト能ハス今一夫數妻主義ノ國ニ於ケル嫡出子ノ身分ヲ決定スルニ方リ其本國法ニ依ラスシテ内國ノ法律ニ依ルヘキモノトセハ是レ甲地ニ於ケル樹木ノ幹ヲ切斷スルカ如シ然レトモ一夫數妻主義ノ國ニ屬スル人民カ内國ニ於テ婚姻ヲ爲スハ絕對的命令ニ違反スル法律關係ヲ實行スルモノニシテ外國法ノ效力問題ナリ隨テ我國ニ於テ之ヲ認ムルニ及ハサルモノナリト然レトモ如何ナル場合カ外國法存在ノ問題ニシテ如何ナル場合カ其效力問題ナルヤハ之ヲ區別スルコト頗ル困難ナルヘシ

次ニ「マンチニー」一派ノ主張シタル學說ヲ示スヘシ

「マンチニー」一派ノ學者ハ說ヲ爲シテ曰ク私法ハ人ニ附隨シテ國境外ニ於テモ

其行爲ノ標準ト爲ルモノニシテ所謂屬人ノ規定ナレトモ公法ハ之ニ反シテ單ニ一國內ニノミ行ハレ人ニ附隨セス一國內ニ於テハ其適用ヲ受クル者ハ內國人ニ止マラス外國人ト雖モ亦之ニ從ハサルヘカラスト而シテ所謂公法ナルモノノ定義ヲ明ニセサレトモ此範圍ニ屬スル規定頗ル多ク憲法刑法行政法等ノ規定ハ勿論其他經濟ニ關スル規定モ此中ニ總テ包含セラルルカ如シ此ノ如ク「マンチニ」學派ノ所謂公法ノ範圍ハ頗ル廣大ナレトモ一方ニ於テハ許多ノ例外ヲ認メタルカ故ニ其結果タルヤ例外却テ原則タルカ如キ觀アリ例ヘハ行爲能力ニ關スル規定ノ如キ所謂公法ノ範圍ニ屬スルモノナレトモ之ヲ以テ例外ト爲シタル如キ又物權ニ關スル規定ノ如キ之ヲ例外ノ規定ト爲シ以テ屬人法ニ關スル原則ヲ覆ヘスニ至レリ此ノ如ク「マンチニ」派ノ說ハ未タ完全ナラサルカ故ニ近來ノ學者ハ瑞西ノ「プロシエ」カ按出シタル國際公安ナル文字ヲ以テ外國法適用ノ範圍ヲ定メントセリ而シテ此國際公安ナル文字ハ伊太利佛蘭西和蘭及ヒ我國等ニ於テモ之ヲ用フル者多キヲ加フルニ拘ラス之カ解釋一ナラス第一說ニ依レハ凡ソ國家ノ法律ニ二種アリ一ハ箇人ノ利益保護ヲ目的ト

スルモノニシテ一ハ社會ノ利益保護ヲ目的トスルモノ是ナリ而シテ此第二種ノ法律ハ公安ニ關スルモノナレトモ其中自ラ二種ノ差アリ第一ハ外國法ノ適用ニ由リ何等ノ影響ヲ受ケサルモノニシテ第二ハ外國法ノ適用ニ依リ其目的ヲ害セラルルモノナリ而シテ此第二ノ場合ヲ指稱シテ國際公安ノ問題ト謂フ故ニ外國ノ法律ハ國際公安ヲ侵害セサル範圍内ニ於テ之ヲ適用スヘキノミト更ニ第二說ニ依レハ國際公安トハ國家ノ安寧維持ニ直接ノ關係ヲ有スル公安ト謂ヒ國內公安トハ國家ノ安寧維持ニ間接ノ關係ヲ有スルモノヲ謂フト更ニ第三說ニ依レハ何レノ國ニ於テモ公安ノ問題ト認ムルモノハ即チ國際公安ノ問題ニシテ單ニ一國ノミニ於テ公安ト看做スモノハ國內公安ナリト曰ヘリ又第四說ニ依レハ內國ノ人民ノミニ適用セラルヘキ規定ハ國內公安ノ規定ニシテ外國人ニモ適用スヘキ規定ハ國際公安ノ規定ナリト曰ヘリ以上ノ四說ヲ批評セシニ第一說ハ外國法ノ適用ニ依リテ法律ノ目的ヲ達スルコト能ハサル規定ヲ稱シテ國際公安ノ規定ナリト解スレトモ是レ問題ヲ以テ問題ニ答ヘタルモノト謂フヘシ何トナレハ如何ナル場合ニ外國法ノ適用ニ依

リ内國ノ法律カ其目的ヲ達スル能ハサルカ是レ吾人ノ問題トスル所ナレハナ
 リ又第二説ハ内國公安ハ間接ニ國家ノ安寧ヲ維持シ國際公安ハ直接ニ國家ノ
 安寧ヲ維持スルト言フモ直接間接ノ區別頗ル曖昧ナリ又第三説ハ各國ニ於テ
 一般ニ公安ト認ムルモノヲ國際公安ナリト解釋スレトモ各國ナル文字ノ意味
 明瞭ナラス各國トハ今日世界ニ星羅スル國ノ全體ヲ指稱スルヤ或ハ國際團體
 ノ全體ヲ指稱スルヤ是レ吾人ノ聞カント欲スル所ナリ而シテ今日世界ニ星羅
 スル國家全體ニ於テ如何ナル規定ヲ以テ公安ニ關スル規定ナリトスルヤ否ヤ
 ヲ知ルハ容易ノ業ニ非ス唯國際法團體ヲ組織スル國ノ制度ヲ調査スルコトハ
 爲シ難キニ非ス故ニ假ニ國際法團體ヲ組織スル國ヲ標準トシテ右ノ說ヲ批評
 センニ此説ニ依レハ外國制度ノ爲メニ我國ノ方針ヲ左右セラルルノ結果ヲ生
 スヘシ何トナレハ國際法團體ノ全體ニ於テ公安ニ關スル規定ナリト認ムルム
 非サレハ我國ニ於テ縱令外國法ノ適用上弊害ヲ生スルモ之ヲ忍ハサルヘカラ
 テレハナリ又第四説モ亦問題ヲ以テ問題ニ答ヘタルモノト謂フヘシ蓋シ内國
 ノ法律ニシテ外國人ニ對シ效力ヲ及ホスハ所謂公法タルト私法タルト問ハ

サルモノニシテ唯私法ニ在リテハ多クハ當事者ノ意思ニ依リテ其規定ノ遵奉
 ヲ避クルコトヲ得ルノミ抑モ一般ノ法律ハ外國人ニ對シ拘束力ヲ明示スルモ
 ノアリ或ハ之ヲ明示セサルモノアリ外國人ニ對シ拘束力ヲ表示スル規定ハ吾
 人ノ問題ト爲ルモノニ非スシテ吾人ノ知ラントスル所ハ外國人ニ對スル拘束
 力ノ有無明白ナラサル場合ニ於テ何ヲ標準トシテ其拘束力ノ有無ヲ判定セン
 トスルヤ否ヤノ問題はナリ抑モ利息制限ノ規定ノ如キ之ヲ外國人ニ適用スヘ
 キヤ否ヤハ學者カ所謂國際公安ニ關スル見解ヲ標準トシテ定ムルコト能ハサ
 ルヘシ是レ予輩カ以上ノ學說ニ満足セサル所以ニシテ予ハ國際公安ナル文字
 ハ必スシモ正當ニ非サルコトヲ信スル者ナリ

是ニ於テ我舊法例ノ如キハ第十四條ニ於テ外國法適用ノ制限ニ付キ標準ヲ示
 ナント試ミタリ曰ク

刑罰法其他公法ノ事項ニ關シ及ヒ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ關スルトキハ
 行爲ノ地當事者ノ國民分限及ヒ財産ノ性質ヲ問ハス日本法律ヲ適用ス

我新法例第三十條ハ規定シテ曰ク

國際私法 總論 國際私法上ニ於ケル外國法ノ性質及ヒ其適用ノ範圍 二一六

外國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其規定カ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルト
キハ之ヲ適用セス

ト即チ新法例ハ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ナル語ヲ以テ外國法適用ノ範圍ヲ定
メントセリ獨逸民法施行法第三十條ニ曰ク

外國法ノ適用カ善良ノ風俗又ハ獨逸法律ノ目的ニ抵觸スルトキハ之ヲ適用
セス

而シテ白耳義民法草案第二十六條ハ更ニ詳細ノ規定ヲ爲シタリ曰ク
社會ノ權利ニ關スル諸法律ハ合意ノ場所當事者ノ國籍及ヒ財産ノ性質ニ拘
ラス之ヲ適用ス

此規則ハ左ノ法律ニ適用ス

第一公法及ヒ刑法ニ關スル諸法律第二善良ノ風俗ニ關スル諸法律第三相
續ノ事項ニ付キ政治上特權ヲ廢スル法律第四時効ニ關スル法律但シ取得
時効ハ財産所在地ノ法律免責時効ハ義務ノ生シタル地ノ法律ノ適用ヲ受ク
此白耳義民法草案ノ規定ハ「ローラン」氏ノ所謂社會ノ權利ヲ代表シタルモノナ

レトモ此規定ヲ以テ果シテ外國法適用ノ標準ト爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ問題
ナリ我新法例ハ舊法例ト殆ト類似スレトモ唯一ノ差異アルハ善良ノ風俗等ニ
抵觸スルカ爲メ外國法ノ適用ヲ排除スル場合ニ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキ
ヤノ問題ニ付キ舊法例ハ日本法律ヲ適用スヘキコトヲ規定セルニ拘ラス新法
例ハ獨逸民法施行法ト共ニ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤヲ規定セサルコト
是ナリ是ニ於テ說ヲ爲ス者アリ曰ク此場合ニ於テ涉外的法律關係ハ其標準ヲ
缺クモノニシテ裁判官ハ裁判ヲ爲ス能ハサル旨ヲ間接ニ規定セルモノナリト
然レトモ所謂國際公安ノ問題ヲ生シタル原因ヲ想像セハ此場合ニ內國法ヲ標
準トスヘキコト固ヨリ明白ニシテ內國法律ニ優先權ヲ與フルハ即チ制限條款
ノ趣意ナリトス故ニ我舊法例ノ如ク日本法律ヲ適用スヘキ旨ヲ表示スル必要
ナシ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序トハ何ツヤ此文字ノ解釋ニ付テハ從來種種ノ議
論アリ或ハ此二種ノ文字ハ全ク特別ノ意味ヲ含ムモノナリト曰フ者アリ或ハ
形ヲ異ニシテ其意味ヲ同シスルモノナリト曰フ者アリ蓋シ一國ニ於ケル善
良ノ風俗ニ反スル外國法ヲ適用スルニ於テハ內國ニ於ケル利益ヲ侵害スルコ

ト頗ル大ナルヲ以テナリ故ニ外國法ノ適用ヲ排除スル必要ヲ生シタルナリ今
一例ヲ示サンニ一夫一妻主義ヲ認ムル國ニ於テハ一夫數妻主義ハ社會ニ行ハ
ル善良ノ風俗ニ反スルモノナリ隨テ此風俗ニ反スル行為ヲ認ムル外國法ハ
內國ニ於テ之ヲ適用スヘカラサルモノトス善良ノ風俗ニ反スル外國法ナル文
字ハ更ニ詳細ニ説明スレハ我國人ノ風俗上正當ト看做シタル所爲ニ反對スル
所爲ヲ外國法カ認ムルコトヲ謂フモノニシテ右ニ述ヘタル一夫數妻主義ノ場
合ノ外債權若クハ物權ニ關シテモ許多ノ例ヲ想像スルコトヲ得ヘシ
善良ノ風俗ニ反スル外國法ノ適用ニ付テハ之ヲ二箇ニ區別シテ説明スルコト
ヲ要ス即チ第一ハ外國法ノ適用ニ依リ法廷ニ於テ或所爲ヲ認ムル場合若クハ
其履行ヲ強制スル場合第二ハ外國法ヲ單ニ豫決問題ノ標準トシテ適用スル場
合是ナリ

第一ノ場合 此場合ニ於テハ更ニ二箇ノ場合ヲ想像スルコトヲ要ス訴訟上ニ
於テ強制ヲ命セラルル所ノ行為ノ内容カ善良ノ風俗ニ反スル場合及ヒ其原因
カ善良ノ風俗ニ反スル場合はナリ行為ノ内容カ善良ノ風俗ニ反スル場合ヲ單
クレハ例ヘハ甲男ニ對シ乙女ニ同衾ヲ強ユルカ如キ場合はナリ而シテ原因上
或行為カ善良ノ風俗ニ反スル場合ハ其例亦尠カラズ即チ博奕ニ因リ負擔シタ
ル債務ノ如キ是ナリ凡ソ此等ノ場合ニ於テ內國ニ於ケル善良ノ風俗ニ反スル
以上ハ我國ノ法廷カ外國法ニ依リテ之ヲ認メ若クハ其強制ヲ命スヘカラサル
ハ勿論ナリトス

第二ノ場合 或渉外的法律行為ノ問題ヲ決スルニ方リ他ノ問題ヲ豫メ決スル
コトヲ要スル場合アリ所謂豫決問題はナリ從來ノ學者ハ往往外國法カ豫決問
題ノ標準タル場合ニ於テハ制限條款ニ依リテ其適用ヲ排除スルコトヲ得スト
論スル者アリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ見ルニ豫決問題ニ關係アル事實カ內國ニ
於テ生シタル場合及ヒ此事實カ外國ニ於テ生シタル場合トニ因リテ結論ヲ異
ニスヘシ

(一) 內國ニ於テ事實ノ發生シタル場合 此場合ニ於テハ外國法ハ豫決問題ノ
標準ト爲ルコトヲ得ルモノナリ例ヘハ土耳其ノ如キ一夫數妻主義ヲ認ムル國
ノ臣民カ我國ニ於テ數多ノ女ト同時ニ結婚ヲ爲シタル場合ニ於テ我國ノ善良

ノ風俗ニ反スルノ故ヲ以テ右ノ婚姻ハ我國法ヨリ見レハ無効ナリ然ルニ右事實上ノ妻タル一人カ夫婦財産上ノ關係ヨリ夫ニ對シテ或權利ヲ主張シ我法廷ニ訴テ提起シタルトキハ原告ノ請求カ果シテ正當ナルヤ否ヤヲ決セントセハ先ツ訴訟當事者ノ間ニ婚姻ノ成立スルヤ否ヤヲ決セサルヘカラス然ルニ右ノ婚姻ハ成立セサルカ故ニ我法廷ハ原告ノ權利ヲ認ム即チ此場合ニハ外國法ハ善良ノ風俗ニ反スルノ故ヲ以テ豫決問題ノ標準ト爲ルコト能ハサルモノトス

(二) 外國ニ於テ事實ノ發生シタル場合 此場合ニ於テハ其實カ我善良ノ風俗ニ反スルコトハ單ニ一時的ノモノナルヲ繼續的ノモノナルヤ區別セサルヘカラス一時我善良ノ風俗ニ反スル場合ニ於テハ我國ニ於テ之ヲ豫決問題ノ標準ト爲スコトヲ妨ケサルモノトス例ヘハ我法律カ認メサル原因ニ因リ外國ニ於テ離婚ヲ爲シタル外國ノ男女カ我國ニ住居スルニ方リ舊妻カ舊夫ニ對シ扶養ノ請求ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ此場合ニ於テ我法廷ニ於テ豫決問題トシテ調査スヘキ男女ノ間ニ婚姻カ存立スルヤ否ヤニ在リ而シテ右離婚ノ原因ハ我善良ノ風俗ニ反スルカ如キモ離婚カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ離婚

ノ當時ニ於ケル問題ニシテ繼續的ノ問題ニ非ス今扶養ノ請求ヲ爲シタル舊妻ハ外國法ニ依リ有效ニ離婚ヲ爲シタルモノニシテ其離婚ハ我善良ナル風俗ヲ侵害シタルモノニ非ス隨テ右ノ男女ハ夫婦ニ非サルカ故ニ我法廷ハ原告ノ請求ヲ認ムル能ハス繼續的ニ善良ノ風俗ニ反スル例ハ屢引用シタル一夫數妻ノ場合ニ於テ之ヲ見ルコトヲ得ヘシ即チ外國ニ於テ數妻ト結婚シタル男子カ我國ニ於テ其妻ヨリ扶養請求ノ訴ヲ受ケタル場合ニ豫決問題トシテ決定スヘキハ右ノ婚姻カ果シテ適法ナルヤ否ヤニ在リ若シ右ノ男子カ我國ニ於テ現ニ一夫數妻主義ヲ實行スルトキハ我善良ノ風俗ニ反スルカ故ニ我國ニ於テ之ヲ認ムルヲ得ス隨テ原告タル女ハ妻タル身分ヲ有セサル者トシテ扶養ノ請求ヲ爲ス權利ナシ之ニ反シテ外國ニ於テ實行スル一夫數妻ヨリ生レタル子ノ相續權ノ豫決問題トシテ其子カ嫡出ナルヤ否ヤヲ定ムル必要アルトキハ外國法ニ依リテ此問題ヲ決定スルコトヲ得ヘシ

一定ノ事實カ一時善良ノ風俗ニ反スル場合ト繼續的ニ善良ノ風俗ニ反スル場合トハ左ノ標準ニ依リテ區別スルコトヲ要ス

(イ) 權利又ハ法律關係ノ消滅ニ關スル規定ハ多クハ一時的ノモノナリ例ハ離婚ノ如シ此場合ニハ夫ノ妻ニ對スル權利及ヒ妻ノ夫ニ對スル權利ハ是ト同時ニ消滅スルモノナリ

(ロ) 權利ノ消滅ニ關スル規定ニシテ繼續的ニ善良ノ風俗ニ反スル場合亦之ナキニ非ス例ヘハ准死ニ關スル規定ノ如キ是ナリ我國ヲ始メ多クノ國ニ於テ今日此制度ヲ認メタルハ蓋シ善良ノ風俗ニ反スルカ故ナリ然ルニ偶マ南米ノ或國カ此規定ヲ新ニ採用シタル場合ニ我國ニ於テ善良ノ風俗ニ反スルノ故ヲ以テ外國法ノ適用ヲ排除スルコトヲ得ヘシ例ヘハ准死ノ制裁ヲ受ケタル智利人ノ所有權ヲ侵害シタル者カ我法廷ニ於テ被害者ヨリ賠償ノ請求ヲ受ケタル場合ニ被告ハ准死ニ關スル原告ノ本國法ヲ援用シテ抗辯ヲ爲シタリト假定スヘシ此場合ニ被告カ原告ノ所有權ヲ侵害シタルヤ否ヤハ先ツ原告カ准死者ナルヤ否ヤノ問題ヲ決スルニ由リテ定マル然ルニ准死ナルモノハ准死ノ宣告ヲ爲シタル一利那ニ於テ善良ノ風俗ニ反スルモノニ非スシテ准死者トシテ何等ノ權利ヲモ享有シ能ハサル狀態カ善良ノ風俗ニ反スルモノナリ故ニ豫決問題ノ

標準トシテ智利法律ヲ適用スルトキハ我善良ノ風俗ヲ侵害セラルヘシ右ノ外權利ノ内容カ善良ノ風俗ニ反スル場合頗ル多シ殊ニ債權並ニ親族法上及ヒ相續法上ノ權利カ繼續的ニ善良ノ風俗ニ反スル場合頗ル多シ債權ノ内容カ善良ノ風俗ニ反スルコトアルハ前ニ示シタル同案ノ例ニ徴シ明ナルカ故ニ茲ニ之ヲ省キ親族法上ノ權利ニ付テ之ヲ言ハンニ今日羅馬法ヲ祖述スル國ニ於テハ親權ノ範圍ハ過失ナリ(東洋諸國亦然リ)即チ往往親權享有者ヲシテ殆ト子ノ生死ヲ左右スルコトヲ得セシムル例鮮カラス然ルニ我國ニ於テハ此ノ如キ廣大ナル親權ヲ認メサルカ故ニ豫決問題ノ標準トシテ之ヲ適用スルコト能ハサルモノトス然レトモ右ノ親權享有者及ヒ其子カ豫決問題ヲ生シタル當時外國ニ於テ生存スルトキハ我善良ノ風俗ニ何等ノ關係ナキカ故ニ其本國法ハ豫決問題ノ標準タルコトヲ得ヘキモノトス其他英國ノ如ク過大ノ夫權ヲ認メタル國ノ夫婦カ我國ニ來リ而シテ其夫權ノ範圍カ豫決問題ノ標準ト爲ルヘキ場合ニモ亦之ヲ適用スルコトヲ得サルモノトス然レトモ右ノ夫婦カ豫決問題ノ當時外國ニ在リタルトキハ親權ニ付キ説明シタルト同一ノ結論ヲ生スル

モノトス

物權移轉ノ問題ニ付テモ先ツ其原因カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤヲ明ニスルコトヲ要ス此原因カ縱令善良ノ風俗ニ反スルモ外國ニ於テ其原因ヲ生シタルトキハ豫決問題ノ標準トシテ外國法ヲ適用スルコトヲ妨ケス
條件カ善良ノ風俗ニ反スルノ故ヲ以テ法律行為ノ成立ヲ妨クルコトアルハ今日諸國ノ法典ニ於テ往々見ル所ノ規定ナリ然ラハ外國ニ於テ條件カ到來スル場合ト内國ニ於テ到來スル場合ト其結果ヲ同シウスルヤ例ハハ外國ニ於テ停止條件附ノ契約ヲ爲シタル場合ニ此條件カ外國法ヨリ觀レハ善良ノ風俗ニ反セサルモ我國ヨリ觀レハ善良ノ風俗ニ反スルトキハ我國ニ於テ其成立ヲ認ムヘキヤ否ヤ蓋シ條件カ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤハ一時ノ問題ニシテ繼續的ノモノニ非ス隨テ條件カ到來ノ當時ニ於テ我法境ニ關係アルヤ否ヤニ依リテ結果ヲ異ニスヘシ若シ條件カ我國ニ於テ完成スルトキハ我法境ニ關係アルモノニシテ我善良ノ風俗ヲ侵害スルモノナレトモ之ニ反シテ外國ニ於テ條件カ到來スルトキハ我國ニ何等ノ關係ナキモノナリ故ニ此場合ニハ外國法ヲ以テ

豫決問題ノ標準ト爲スコトヲ得ルモ我國ニ於テ到來シタルトキハ外國法ハ豫決問題ノ標準タルコト能ハサルナリ

茲ニ一問題アリ一夫數妻主義ヲ採ル國ニ於テ一妻ヲ迎ヘタル後更ニ一夫一妻主義ヲ採ル國ニ於テ他ノ妻ヲ迎ヘタル場合ニ一夫一妻主義ノ國ニ於テハ同國ニ於テ娶リタル妻ヲ適法ノ者ト認ムヘキヤ或ハ本國ニ於ケル妻ヲ適法ノ者ト認ムヘキヤ否ヤノ問題はナリ予ヲ以テ之ヲ見ルニ後ノ妻ヲ適法ノモノト認ムヘキヤ否ヤハ前婚ノ效力如何ニ因リテ決スルモノナリトス然ルニ前婚ハ我善良ノ風俗ニ何等ノ侵害ヲ與ヘサルモノナルカ故ニ我國ニ於テ之ヲ有效ト決セサルヘカラス既ニ之ヲ有效ト決スル以上ハ重婚ヲ認メサルハ我國ヲ始メ一夫一妻主義ヲ採ル國ニ於テ認ムル所ノ原則ナルカ故ニ第二ノ婚姻ヲ非認スヘキモノトス

我法例中外國ノ認メタル事項ヲ我法律ニ於テ認ムルコトヲ要スル規定鮮カラス例ヘハ第四條第十條及ヒ第十六條等ノ如キ是ナリ此規定タルヤ我法例ニ於テ認メサル事項ハ縱令外國法ニ於テ之ヲ認ムルモ其外國法ヲ適用セサル旨ヲ

明カニシタルモノニシテ我法律カ認メサル外國ノ規定ハ善良ノ風俗ニ反スル意味ヲ表示シタルモノナリ故ニ此等ノ規定ハ何レモ我法例第三十條ト重複スルモノニシテ法理上必要ノモノニ非ス然レトモ善良ノ風俗ニ反スルヤ否ヤノ問題ハ實際上之ヲ決定スルコト往往困難ナル場合アルカ故ニ立法者ハ特ニ此等ノ規定ヲ設ケテ世人並ニ裁判官ノ解釋ノ標準ト爲シタルモノナリ而シテ我法例第三十條ニ於テハ公ノ秩序ナル文字ヲ用ヒタレトモ公ノ秩序ナル語ハ善良ノ風俗ナル語ト併用スル場合ニ於テ學者ハ其解釋ニ苦シマサルハナシ我國ニ於テハ善良ノ風俗及ヒ公ノ秩序ハ全ク同一ノモノナリト解釋スル者頗ル多シ而シテ外國ノ學者中公ノ秩序ナル語ノ意義ニ關シ解釋ヲ下シタルモノヲ示サンニ例ヘハ「ドマ」曰ク公ノ秩序ニ關スル法律トハ國王ノ登位官職ノ權限市府ノ警察其他公ノ規則ヲ定メタル公法ヲ謂フ上「ボリタリス」ハ佛國民法草案理由書ニ説明セテ曰ク政府及ヒ法律ノ目的ハ公ノ秩序ヲ維持スルニ外ナラスト又以テ此公ノ秩序ナル語ノ解釋ノ困難ナルヲ見ルニ足ルヘシ次ニ「フオール」ハ曰ク善良ノ風俗ハ公ノ秩序ニ附屬スルモノナリト此說ハ前ニ述ヘタル我國ノ

學說ト同一ナリトス而シテ予輩ハ公ノ秩序トハ善良ノ風俗ヲ承認シタル法律自體ヲ意味スルモノナリト謂ハント欲ス而シテ此承認ハ必スシモ積極的ナルコトヲ要セス社會ノ風習ヲ禁セサルハ消極的ニ之ヲ承認セタルモノナリ我舊法例草案ニ於テ採用セラレタル「ローラン」氏ノ所謂社會ノ權利ナル語及ヒ學者カ往往用フル道德アル語ハ制限條款ノ意味ヲ發揮スルコトヲ得ルヤ「ローラン」氏ノ意見ニ依レハ社會ノ權利ニ關スル規定ハ所謂屬地的ニシテ外國人ヲ併セテ管轄スルモノナリト曰ヘリ然ルニ所謂社會ノ權利トハ畢竟公益ニ關スル規定ヲ意味スルモノニシテ前人ノ說ヲ祖述スルニ過キス而シテ能力身分等ノ規定カ公益ニ關スル規定タルコトヲ念ハハ「ローラン」氏ノ說ノ誤謬ナルコトヲ知ルニ足ルヘシ又道德ニ反スル法律ハ適用セストノ學說及ヒ立法例ノ如キモ法律ノ性質ヲ誤解シタルモノト謂フヘシ何トナレハ道德ハ精神上ノ範圍マテ併セ管スルモノナレトモ法律ハ人ノ精神界ニ對シ何等ノ勢力ヲ有スルモノニ非ス然ラハ國際私法國內法ノ精神カ外國法適用制限ノ標準トシテ道德ヲ用ヒサルコトヲ知ルニ足ルヘシ

次ニ國際法ニ違反シタル外國法ハ我國ニ於テ適用スルコトヲ得ルヤ否ヤ(チー
タルマン)「バラセツチ」等ハ此種ノ外國法ハ適用ス(ヘカラスト論セリ(但シ「モー
タルマン」ニハ語弊アリ「バ」氏之ヲ指摘シタレトモ畢竟二氏ノ論旨ハ同一ナルヘ
シ)就中「バ」氏ハ其理由ヲ説明シテ曰ク予輩ハ國際私法ヲ以テ國際法ノ分派ナリ
ト爲スモノニ非サレトモ國際私法ハ國際法ト全然分離ス(ヘカラサルモノニシテ
二者ノ間ニハ巨多ノ接觸點アレハナリト)モンゼン案第十九條ニ曰ク外國法適
用ノ結果內國人ニ比シ外國人ニ優等ノ權利ヲ與フルニ至ルトキハ亦外國法ノ
適用ヲ排除スト獨逸民法施行法中國國際條規ノ第二回草案ニハ左ノ規定アリタ
リ曰ク外國ノ法律カ外國人ノ權利ヲ不當ニ害スルトキハ外國法律ノ適用ヲ排
除スト此「グーバルド」案ニモ將タ確定文ニモ見エサル所ナリ又「チータル
マン」氏ハ文明國ニ於テ耶蘇教徒ヲ他教徒ノ下ニ立タシムルハ國際法違反ナラ
ント曰(ヘリ)アルジャンチン民法ノ規定亦然リ學者多クハ國際法違反ノ外國法
ヲ適用ス(ヘカラサルハ當然ノ事ナルカ故ニ法理上明文ヲ要セスト曰フト雖モ
我法例ニ此事ヲ規定セサルハ國際法違反ヲ以テ外國法適用ノ排除原因トスル

必要ナシトノ精神ニ出テタルカ如シ

第十三章 反定法及ヒ轉定法

我法例第二十九條ニ曰ク

當事者ノ本國法ニ依ルヘキ場合ニ於テ其國ノ法律ニ從ヒ日本ノ法律ニ依ル
ヘキトキハ日本ノ法律ニ依ル

ト是レ所謂反定法ナリ今一例ヲ舉グテ之ヲ説明セシニ我法例第二十五條ニ依
レハ相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ルヘキモノナルカ故ニ英國人カ我國ニ於テ
死亡シタル場合ニ何人カ相續人ナリヤノ問題ハ英國ノ法律ニ依リテ定ムヘキ
モノナレトモ其本國タル英國ニ於テハ被相續人ノ住所ニ行ハルル法律ニ依リ
テ相續人ヲ定ムル原則トシ而シテ右被相續人ハ我國ニ住所ヲ有スルカ故ニ
我民法ニ依リテ右英國人ノ相續問題ハ我民法ニ依リテ決定セラルルコトト爲
ルヘシ又法例第十三條ニ依ルハ婚姻成立ノ要件ハ各當事者ノ本國法ニ依リテ
之ヲ定ム全アルジャンチン)ハ我國ニ於テ婚姻ヲ爲ストキハ法例第二十九條ニ

依リ我民法ニ依リテ其婚姻ヲ管轄スルコト爲ル蓋シアルジャンチン法律ハ其國ノ臣民ノ婚姻ニ付キ婚姻舉行地トシテ日本法律ヲ反定スレハナリ
反定法ノ利害ニ付テハ今日歐米ノ學者間ニ於テモ未タ議論一定セサル所ニシテ卅一年ノ國際法協會ニ於テ議題ト爲リタルニ拘リス終ニ此問題ヲ議定スルニ至ラザリシヲ以テ見ルモ其難問題タルコトヲ知ルニ足ルヘシ以下反定法ノ利害ニ付テ一言スヘシ

獨逸民法施行法ハ我法例ノ標準ト爲リタルモノニシテ近世ニ於ケル反定法ノ學說ヲ代表シタルモノナルカ故ニ反定法ヲ譯ムル學說並ニ立法例ノ當否ヲ批評セントセハ先ツ同民法施行法ノ成立シタル所以ヲ知ルヲ便トス同民法施行法ノ草案ハ「グーバルト氏ノ手ニ成リタルモノニシテ原案第三十一條ニ於テ反定法ヲ定メタリシカ第一委員會ニ於テ全然削除セラレ其後更ニ第二委員會ニ於テ二箇ノ場合ニノミ反定法ヲ認メタリシカ聯邦參事院ニ於テ終ニ原案ヲ復活スルニ至レリ此事實ニ徴スルモ委員ノ間ニ於テ非常ニ見解ヲ異ニセシヲ知ルニ足ルヘシ今「グーバルト」ノ案ヲ見ルニ曰ク

外國人ノ屬スル國ノ法律ニ依ルニ此國ノ法律ヲ適用スヘカラスシテ獨逸ノ法律ヲ適用スヘキトキハ第七條第一項……ハ適用セラレサルモノトス此場合ニハ獨逸ノ法律ヲ標準ト爲ス

ト而シテ此原案ニ依レハ反定法ヲ適用スヘキモノハ行為能力婚姻成立ノ要件夫婦ノ人身の關係離婚別居夫婦財產制夫婦間ノ贈與嫡出子タル身分准嫡嫡出子間ノ關係後見及ヒ相續ナリトス今原案ニ於テ反定法ヲ採用シタル理由ヲ知ラント欲セハ原案ニ附シタル理由書ニ徴スルニ如クハナシ蓋シ此理由書ハ恐クハ反定法ヲ贊成スル獨逸學者ノ意見ヲ代表シタルモノナレハナリ同理由書ニ曰ク

內國ノ法律ハ一定ノ法律關係カ其涉外の性質ニ因リ內國又ハ外國ニ屬スルコトアルヲ認メ外國ニ屬スル法律關係ノ判定ニ付テハ管ニ外國法ノ適用ヲ許スノミナラス亦之ヲ命令セリ蓋シ法律關係ノ涉外の性質ニ徴シ內國法ヲ適用スヘキヤ又ハ外國法ヲ適用スヘキヤヲ定ムルハ實ニ內國法ノ職分ナリトス又外國法律中何レノ法律ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ決スルモ內國法ノ職

分ナリ抑モ獨立國ニ在リテハ其法律カ適用セント欲スル法律以外ノ法律ヲ適用スルコトヲ得ス内國法律カ適用セント欲スル外國法ハ大抵亦適用ヲ望ムナラント雖モ我國ニ於テ之ヲ適用スルハ外國法カ之ヲ望ムカ爲メニ非スモテ内國ノ法律カ之ヲ標準トスヘシト規定スルカ故ニ之ヲ適用スルノミ此故ニ甲乙二國ノ法律カ適用ヲ望ムモ内國法カ丙國ノ法律ノ適用ヲ望ムトキハ之ヲ適用セサルヘカラス(中略)丙國ニ於テ外國法ヲ適用スルハ此ノ如ク内國ノ法律ノ精神ニ基因スルニ過キス然ルニ之ニ反スル場合アリ即チ本國主義ニ依リ外國法ヲ適用スヘキ場合ニ外國法カ採用シタル國際私法ノ原則上却テ獨逸法ノ適用ヲ望ムトキハ此望ニ應スルコトニシテ外國法ノ望ニ應タル所以ハ他ナシ一面ニ於テハ住所說トノ衝突ヲ減センカ爲メニシテ一面ニ於テハ内國ニ於ケル法律取引ノ擔保ヲ一層確實ニスル必要ニ因リ獨逸法ニ廣潤ナル管轄區域ヲ與ヘンカ爲メナリ

先ツ反定法ハ住所法主義トノ衝突ヲ減スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テ一言スヘシ反定法ハ本國法主義ヲシテ他ノ國際私法上ノ主義ニ降服セシムルモノナリ

何トナレハ或法律關係ニ付キ本國法ヲ適用スヘシトノ規定ヲ立テナカラ一方ニ於テ其反定ヲ許スカ故ニ當事者ノ本國ニ於テ認メタル國際私法上ノ原則ノ爲メニ法律ノ適用ヲ左右セラルル結果ヲ生スレハナリ若シ當事者ノ本國ニ於テ住所法主義ヲ採用シタルトキハ我國ノ法律ハ住所法トシテ適用セラルルコトアルヘク又當事者ノ本國ニ於テ行爲地法主義ヲ採用シタル場合ニ於テハ我國ノ法律ハ行爲地法トシテ適用セラルルコトアルヘシ要スルニ我法例其他反定法ヲ採用シタル國ニ於テハ一面ニ於テハ本國法主義ヲ認メ一面ニ於テハ之ヲ非認スルニ非サルナキカ蓋シ國內法タル國際私法カ本國法ノ適用ヲ命スル所以ハ涉外的法律關係ノ性質ニ徴シ必要ヲ認ムルニ因ル今婚姻成立ノ要件ニ付テ之ヲ言ハシ各國ノ風土氣候社會ノ狀態等ハ萬國ノ人ヲシテ同一ノ規定ニ依ラセムル能ハサルノ理由アレハコソ各當事者ノ本國法ヲ適用スル必要ヲ生シタルナレ然ルニ反定法ヲ採用シタル國ニ於テハ結婚地トシテ熱帶地方ノ人民モ將タ寒帶地方ノ人民モ同一ノ準則ニ依リテ羈束スル結果ヲ生スルニ至ルヘシ又パール自身モ反定法ノ缺點ナリト自白スル如ク甲ノ外國人ハ内國ノ

法律ヲ適用セラレ乙ノ外國人ハ本國ノ法律ヲ適用セラルル結果ヲ生スヘシ「チ
ーナルマン」氏曾テ反定法ヲ批評シテ無窮循環ナリト曰ヘリ蓋シ内國法ハ本國
法ヲ適用スヘキコトヲ規定シ而シテ本國ノ法律ハ更ニ内國ノ法律ヲ反定スル
トキハ内國ノ法律ハ更ニ本國法ノ適用ヲ命シ本國法ハ更ニ内國法ノ適用ヲ命
シ法律適用ノ問題ハ窮リナク循環スルコトヲ意味スルノ語ナリ然レトモ是レ
悉クハ駁論トシテハ價值ナキモノナルヘシ何トナレハ本國法タル外國法カ内
國法ヲ反定スル一刹那ニ於テ内國法ノ適用確定スレハナリ之ニ反シテ「レー
氏」カ反定法ハ國際私法ノ原則ヲ覆ヘスモノナリト一語ハ最モ其缺點ヲ道破
セタル評語ナリト謂フヘシ然ルニ之ニ對スル有力ナル辯解ヲ聞クニ曰ク内國
ノ法律カ本國法ノ適用ヲ命シタル場合ニ反定法ニ依リテ其本國法カ住所法主
義ヲ採リタル場合ハ如何ニスヘキヤ例ヘハ行為能力ニ付キ獨逸ノ制度ハ本國
法主義ヲ採リ英國ニ於テハ住所法主義ヲ採レリ然ラハ今獨逸ニ於ケル英國人
ノ行為能力ニ付キ適用セラルヘキ法律ハ果シテ何レノ法律ナリヤ蓋シ英國ノ
法律ハ外國ニ住所ヲ有スル英國ノ臣民ニ對シ恰モ無管轄ノ宣告ヲ爲シタルモ

ノナリ隨テ本國法ヲ適用スルニ由ナカルヘク其結果ハ獨逸ニ住所ヲ有スル英
國人ノ行為能力ニ付テハ適用スヘキ法律ナキニ至ルヘシト是レ反對論者中ノ
最モ有力ナル答辯ニシテ反定法ヲ非難スル學者中之ニ對シテ未タ充分ナル駁
撃ヲ爲シタル者アルヲ聞カス予輩ヲ以テ之ヲ見ルニ此問題ハ寧ロ當事者ノ本
國法カ自ラ其適用ヲ拒絕シタル場合ニ内國ノ法律カ之ニ干渉スルコトヲ得ル
ヤ否ヤノ點ニ歸著スヘシト信ス元來國際私法ハ所謂國際法ニ非スシテ國內法
ナルコトハ前ニ屢ニ説明シタル所ナリ隨テ國內法タル國際私法ハ内國ノ利益ヲ
保護スルヲ以テ其目的ト爲スコト一般ノ國法ト異ナラサルモノトス而シテ涉
外私法ノ性質ニ因リ内國ノ法律ヲ適用スヘカラサルコトアルハ「サビニー」「ウエ
ビタル」以來ノ學說ニシテ我法例ノ如キモ亦此學說ヲ根據ト爲シタルモノナリ
而シテ國際私法ニ所謂外國法トハ法律關係ノ標準タル準據法ヲ謂フモノニシ
テ外國ニ行ハルル國際私法ノ如キハ全ク眼中ニ置カサルモノトス隨テ外國ニ
於ケル國際私法ノ規定如何ヲ問ハス涉外的法律關係ノ性質上適用スヘキ法律
ヲ適用スヘキノミ

更ニ民法施行法案理由書ニ所謂內國ニ於ケル法律取引ノ擔保問題ニ付キ一言スヘシ反定法ハ果シテ內國ニ於ケル法律取引ノ擔保ヲ鞏固ニスルコトヲ得ルヤ否ヤハ明カナラスト雖モ果シテ之ヲ鞏固ニスル力アリトスレハ寧ロ涉外的法律關係ニ付キ絶對的ニ內國法律ノ適用ヲ規定スル必要アルモノトス然ルニ之ヲ爲サスシテ單ニ反定法ニ依リテ右ノ擔保ヲ確實ナラシメントスルハ解スヘカラサル所ナリ又反定法ノ精神ヲ充分實行セント欲セハ所謂轉定法ヲ設クルコトヲ要ス轉定法トハ外國人ノ本國法ヲ適用スヘキ場合ニ其本國法カ更ニ第三國ノ法律ヲ指定シタルトキ內國ニ於テ之ヲ適用スルコトヲ意味スルモノナリ例ヘハ我國ニ於ケル米國人カ英國ニ於テ或法律行為ヲ爲シタル後我國ニ於テ其行為能力ヲ確定スル必要ヲ生シタルトキ我法例ノ規定ニ依レハ米國ノ法律ヲ標準トスヘキモノナレトモ若シ轉定法ノ設アリタル場合ニ米國ノ法律ニシテ外國ニ於テ爲シタル米國人ノ法律行為ニ付テハ其行為能力ハ行為地法ニ依リテ之ヲ定ムトノ規定アリトセハ我國ニ於テ右行為能力ノ問題ニ付キ適用セラルヘキモノハ英國ノ法律ナリトス蓋シ反定法ハ外國ニ於ケル國際私法

ノ原則ヲ尊重スルモノナルカ故ニ此反定法ヲ認ムル以上ハ宜シク轉定法ヲモ認ムルノ必要アリトス獨逸民法施行法案第一委員會ニ於テ講スルニ際テ此轉定法ヲ設クヘシトノ動議ヲ提出シタル者アリシカ終ニ成立スルニ至ラザリキ

「パール氏」ハ昨昨年千八百九十八年ノ國際私法雜誌ニ於テ反定法ヲ大ニ辯護セリ其要旨ニ依レハ國際私法ハ法律上ノ管轄ヲ定ムル規定ナレトモ何カ故ニ外國ノ管轄ヲモ併セテ規定スルヤノ問題ニ付キ二箇ノ理由ヲ示セリ即チ第一ハ之ニ依リテ裁判所ノ職務ヲ輕減スルコトヲ得ルアリ第二ハ之ニ依リテ公衆ニ法律ノ管轄ヲ知ラシムル利益アリト説明セリ而シテ岡氏ハ尙ホ論シテ曰ク國際私法ノ眼目ハ內國法ノ管轄ヲ確定スルモノナルカ故ニ反定法ニ依リ內國ノ法律反定セラレ之ヲ適用スルハ國際私法ノ眼目ニ相當シタルモノナリト然レトモ外國法ノ管轄ヲ明カニスルコトニ因リテ果シテ裁判所ノ職務ヲ輕減スルコトヲ得ルヤ予輩ハ其全ク然ラサルヲ信スル者ナリ何トナレハ裁判所ハ如何ナル場合ニ於テモ外國法ヲ適用スヘキモノニ非ス國際私法上適用セラルヘ

キ外國法ハ内國法ト其性質ヲ同シウスルモノナリ隨テ裁判所ハ内國法律ノ管轄ヲ知ラサルノ理ナシ何ヲ以テ殊更ニ國際私法ニ依リ内國法律ノ管轄ヲ規定スル必要アラシキ内國法律ト外國法律トノ管轄ヲ明カニスルハ涉外的法律關係ノ性質ニ因リ適用スヘキ法律ノ種類ヲ異ニセリ又國際私法ニ依リ公衆ニ法律ノ管轄ヲ知ラシムル利益アリトハ全ク價值ナキ議論ト謂フヘシ蓋シ如何ナル場合ニ外國法カ管轄スルヤヲ知ルモ外國ニ於テ實際其規定ヲ設ケサレハ何等ノ效果ヲ生スルコト能ハサレハナリ「パール」氏ハ此場合ニ於テ殆ト斷言ニ類スル辯解ヲ爲セリ曰ク外國ノ立法者ハ如何ナル法律カ涉外的法律關係ノ性質ニ最も好ク適合スルヤヲ充分知ルカ故ニ必ス内國ノ國際私法ト同一ノ規定ヲ設ケルナラント

以上ハ反定法ニ關スル批評ノ一般ニシテ此問題ハ漸ク過去十五年以來始メテ研究セラレタル所ナリトハ「パール」氏ノ曰フ所ナリ隨テ此問題ニ對シ意見ヲ公ニシタル者頗ル尠ク「ローラン」氏ノ浩瀚ナル著書ト雖モ此問題ニ付キ解釋ヲ與ヘス而シテ今日ノ學者中此問題ニ付キ論究シタル者ニシテ反定法ヲ駁撃スル

者ハ「レーヌ」シユキル「カーン」氏ヲ以テ最も著名ナリトス又之ヲ辯議シタル者ハ前ニ示シタル「パール」「デーブ」ハルト其他ノ學者ナリトス「カーン」氏ノ說ニ依レハ反定法說ハ今日漸漸其勢力衰フルト曰フモ卅一年ノ國際法協會ニ於テ「反定法」ノ問題ヲ議題ト爲シタルニ議論沸騰シ終ニ議決スルニ至ラサリシヲ見レハ反定法說ノ侮ルヘカラサルヲ知ルヘシ又反定法ニ對スル駁論トシテ「カーン」ノ如キハ主張シテ曰ク反定法ヲ本國法ノミニ付キ認メタルハ頗ル解スヘカラサル所ニシテ其精神ヲ貫カント欲セハ寧ロ行爲地法住所法等ノ場合ニモ之ヲ認ムルヲ要スト

第十四章 法律行爲ノ方式

法律行爲ノ方式ニ關スル國際私法上ノ原則ハ今日一定セリ即チ法律行爲ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルコト是ナリ此原則タルヤ或ハ明文ヲ設ケテ之ヲ宣言スルモノアリ例ヘハ日本、獨逸、白耳義等ノ民法草案、伊太利、和蘭、西班牙、智利、アルジェヤンチン「チューリヒ」「ウンタル」「ワルデン」「リュエヌ」「タールラン」ト「ハンメル」

チエル「ソロツルン」「アールガウ」「ワルリス」等はナリ其他ノ國ニ於テハ別ニ明文ヲ設ケサルモ概テ其原則ヲ實行セリ佛蘭西ニ於テハ民法草案ニ於テ此原則ヲ認メシカ確定法文ニハ終ニ載スルニ至ラザリキ然レトモ實際右ノ原則ヲ實行スルコトハ「アッセル」氏ノ著書ニ徴シテ之ヲ知ルヘシ此ノ如ク國際私法上此原則ハ一定セシト雖モ其理由ノ説明ニ至リテハ學說未タ一定セス今左ニ二三ノ學說ヲ紹介スヘシ

第一 法則說

此說ハ法則學派ノ主張スル所ニシテ其要旨ニ依レハ凡ソ法律關係ハ三箇ノ法律ニ依リテ管轄セラル即チ人、法、物、法及ヒ混合法是ナリ而シテ法律行為ノ問題ハ其實質ニ關スルト將タ形式ニ關スルトヲ問ハス總テ行為地法ニ依ルヘキモノナリトス是レ各國ニ於テ法律行為ノ方式カ行為地法ニ依ル所以ナリ云云ト然レトモ人、法、物、法、混合法ノ區別ハ曖昧ナルコト既ニ國際私法ノ沿革中ニ於テ説明セシ所ナルカ故ニ其結論モ亦之ヲ贊成スルコト能ハス

第二 主權說

此說ノ要旨ニ曰ク外國人カ內國ニ來リテ法律行為ヲ爲スヤ必ス內國ノ法律ニ服從セサルヘカラス隨テ內國ノ法律カ定メタル方式ハ外國人ノ遵守スヘキコト固ヨリ其所ナリトス云云ト此說ハ未タ右ノ原則ヲ説明スルニ足ラサルモノトス何トナレハ外國人カ內國ニ來リテ內國ノ法律ニ服從スヘキハ原則ナレトモ內國ノ法律ハ任意ニ其管轄權ヲ拋棄スルヲ得ルコト亦明白ナリトス蓋シ內國ノ法律ハ絕對的ニ外國人ヲ羈束スル必要ヲ有セサレハナリ故ニ內國法ノ定メタル法律カ外國人ヲ羈束スルヤ否ヤハ先ツ內國法ノ精神ニ照シテ之ヲ斷定セサルヘカラス決シテ主權說ヲ唱フル者ノ如ク法律一般ノ性質ヨリ結論スルコトヲ得サルモノトス假ニ法律一般ノ性質ヨリ結論セテ內國ノ法律ハ絕對的ニ外國人ヲ羈束スト謂フコトヲ得ルトスルモ未タ以テ右ノ原則ヲ説明スルニ足ラサルナリ何トナレハ甲國ニ於テ定メタル方式ヲ乙國ノ臣民カ遵守シタル場合ニ何カ故ニ乙國ニ於テ之ヲ認ムヘキ必要アリヤノ問題ハ即チ予輩カ其解釋ヲ知ラント欲スル所ナレハナリ要スルニ內國ノ法律ノ定メタル方式カ外國人ヲモ羈束スト云フ前提ハ外國人ニ他國法ノ方式ヲ守ルコトヲ禁スルノ結論

ヲ生スルニ過キサルモノトス

第三 自然說

渉外的法律行為ハ數國ノ法律ニ關係アルモノニシテ即チ當事者ノ本國法住所
地法等ハ何レモ此法律行為ニ關係ヲ有スルモノナレトモ就中最モ密著ノ關係
ヲ有スルモノハ法律行為ヲ爲シタル地即チ法律行為ノ成立地ナリトス抑モ方
式ハ法律行為ノ證明ヲ目的トスルモノナルカ故ニ右數多ノ法律中最モ證明ノ
力ヲ備フル法律行為ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルヘキモノトス是レ右ノ原則ヲ
生シタル所以ナリトス云云ト然レトモ法律行為ノ實行地即チ最後ノ履行地ノ
如キ法律行為ノ成立地ト同シク法律行為自體ニ密著ノ關係ヲ有スルモノニシ
テ當事者ノ主眼トスル所ハ寧ロ債務履行地ナリト謂ハサルヘカラス蓋シ債權
成立ノ目的ハ債務ノ履行ニ外ナラサレハナリ左レハ債務履行地ノ法律カ定メ
タル方式ニ適合スル法律行為ニ非サレハ之ヲ有效トセサル國勢カラス

第四 任意服從說

此說ヲ唱フル者ハ以爲ラテ當事者カ法律行為ヲ爲スニ方リテハ其行為ヲ爲ス

地ノ法律ニ任意ニ服從セタルモノナリ而シテ當事者ノ意思ノ自由ヲ重シスヘ
キハ私法上ノ原理ナルカ故ニ當事者ノ任意ニ服從シタル地ノ法律カ定メタル
方式ニ適合スル法律行為ハ右行為地以外ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラス云云
ト當事者ノ意思ノ自由ヲ尊重スヘキハ勿論ナレトモ之ヲ無限ニ解釋スヘカラ
サルコト固ヨリ明白ニシテ少クモ法律行為ノ方式ニ付キ此原理ヲ應用スル
コト能ハサルモノトス何トナレハ方式ノ場合ニモ果シテ當事者ノ意思ノ自由
ヲ重シスヘキモノトセハ內國ニ於ケル內國ノ臣民ハ內國法カ定メタル方式ヲ
守ラスシテ隨意ニ外國法ノ定メタル方式ヲ守ルモ尙ホ有效ナリトセサルヘカ
ラス例ヘハ贈與ノ如キ書面契約ト爲ス例頗ル多シ然ルニ反對說ニ依レハ內國
ニ於テ贈與ヲ爲ス場合ニ書面ニ依ラサルモ猶ホ之ヲ取消シ得ヘカラスアルモノ
ト認メサルヘカラス左レハ此說ハ從來勢力ヲ有シタルニ拘ラス今日ニ於テハ
漸漸衰頹スル傾アリ

第四說 便宜說

便宜說ヲ唱フル者ハ曰ク內國人カ外國ニ於テ法律行為ヲ爲スニ方リ本國法ノ

規定シタル方式ヲ履行セントスルモ爲シ得ヘカラサルコト往往之アルモノナリ例ヘハ本國ノ規定ニ依レハ一定ノ契約ハ必ス公正證書ヲ調製スヘキ場合ニ契約ヲ爲ス國ニ於テ公正證書ヲ作ルヘキ機關ノ存セサルトキハ畢竟外國ニ於テ一定ノ契約ヲ爲スコト能ハサルニ至ルヘシ此事タルヤ內國臣民ノ爲メニ頗ル不利益ナルモノナルカ故ニ契約ヲ爲シタル地ノ方式ニ適シタル以上ハ本國ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラス又第三國ト雖モ當事者ノ便宜ヲ重シシ之ヲ有效ノモノト認メサルヘカラストノ一般ノ思想ヨリ遂ニ此ノ如キ原則ヲ生シタルモノナリ云云ト此說ハ現今ノ國際私法學者中多ク之ヲ唱フル所ニシテ我法例ノ此原則ヲ認メタルモ亦此理由ニ外ナラサルヘシ

我法例第八條ニ曰ク法律行為ノ方式ハ其行為ノ效力ヲ定ムル法律ニ依ル行為地法ニ依リタル方式ハ前項ノ規定ニ拘ハラス之ヲ有效トス但物權其他登記スヘキ權利ヲ設定シ又ハ處分スル法律行為ニ付テハ此限ニ在ラスト

我法例ハ物權其他登記スヘキ權利ヲ設定シ又ハ處分スル法律行為ノ方式ト其以外ノ法律行為ノ方式トヲ全ク區別シ後者ニ付テハ法律行為ノ實體ニ關スル

法律ト行為地法トノ二ヲ準據法ト定メタリシカ前者ニ付テハ法律行為ノ實體ニ關スル法律ヲ準據法ト定メタリ而シテ物權其他登記スヘキ權利ヲ設定シ又ハ處分スル法律行為ノ實體ニ關スル法律トハ果シテ如何ナルモノナルヤ此問題ニ付テハ我國ニ於テモ頗ル議論アルモノノ如シ然レトモ本章ハ單ニ方式ノ問題ヲ説明スルニ過キサルヲ以テ詳細ノコトハ本論ニ於テ説明スヘシト雖モ唯茲ニ一言スヘキハ物權其他登記スヘキ權利ヲ設定シ又ハ處分スル法律行為ノ準據法ハ物ノ所在地ナルコト是ナリ隨テ此法律行為ノ方式ハ物權其他登記スヘキ權利ノ目的物ノ存在スル地ノ法律ヲ適用スヘキモノトス之ニ反シテ此以外ノ法律行為ノ方式ハ當事者カ隨意ニ選定シタル地ノ法律ナルコトアリ又ハ法律行為ヲ爲シタル地ノ法律ナルコトアリ

舊法例第十條ハ等シク此原則ヲ採用セタルモノナリ曰ク「要式ノ合意又ハ行為ト雖モ之ヲ爲ス國ノ方式ニ從フトキハ方式上有效トス但故意ヲ以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラス」ト今新舊二法例ヲ比較スルニ新法例ハ原則トシテ法律行為ノ實質問題ト方式問題トヲ同一ノ法律ニ依ラシメタル點ニ於テ

頗ル肯綮ニ中リタルモノト謂フヘシ唯茲ニ聊カ疑フヘキコトハ物權其他登記
スヘキ權利ヲ設定シ又ハ處分スル法律行為ハ法律行為中最モ多キヲ占ムルモ
ノナリ隨テ我法例第八條ニ依リ行為地法ノ方式ニ依ル法律行為ハ其例頗ル僅
少ナルヘキカ故ニ第八條ノ規定ハ實際多クノ利益ヲ生スルコト能ハサルコト
是ナリ

方式トハ何ソヤ「メルラン」ハ管テ四種ノ方式ニ區別セリ曰ク執行的方式曰ク内
部ノ方式曰ク外部ノ方式曰ク能力付與ノ方式是ナリ執行的方式トハ確定判決
ニ執行文ヲ付スル手續ヲ指稱シ内部ノ方式トハ契約ノ要素ヲ謂ヒ外部ノ方式
トハ當事者ノ意思ヲ確實ニ表示スル方法又ハ當事者ノ意思表示ヲ證明スル方
法ヲ謂ヒ而シテ能力付與ノ方式トハ無能力ヲ補充スルカ爲メニ與フル父母後
見人等ノ承諾ヲ謂フ右ノ内法律行為ノ方式ト稱スルモノハ所謂外部ノ方式ニ
シテ往往明文ヲ以テ此事ヲ明言スル例アリ例ヘハ伊太利民法白耳義民法草案
「テュリヒ民法」フーグ民法等はナリ

次ニ本原則ノ適用セラルル範圍如何從來ノ例ヲ見ルニ本原則ノ適用セラレタ

ルハ裁判所ニ於テ調製スル公正證書ノミナリシカ其後一般ノ公正證書ニ及ホ
シ近來ニ於テハ終ニ私書證書ニ適用セラルルニ至レリ蓋シ外國ニ於テ本國法
ノ定メタル方式ニ從ヒ公正證書ヲ作ルコト能ハサルハ勿論ナルカ故ニ公正證
書ニ本原則ノ適用セラルルコトハ別ニ問題ト爲ラスト雖モ私書證書ニ付テハ
往往學理上ヨリ本原則ノ適用ヲ疑フ者アリ然レトモ歐米諸國ニ於テハ私書證
書ハ概テ法律家ノ手ニ成ルカ故ニ此原則ノ適用セラルルハ少クトモ歐米ニ於
テハ問題トスル價值ナキモノトス舊法例ノ解釋者ハ概テ私書證書ニモ右原則
ヲ適用スルコトヲ認メリ而シテ將來我國ニ於テ私書證書ハ法律家ノ手ニ成ル
時アルヲ思ハハ本原則ハ第八條ノ解釋トシテ私書證書ニモ適用セラルルノ日
アルヤ明カナリ

茲ニ一問題アリ即チ本國法ノ定メタル方式ヲ免レンカ爲メニ故ラハ外國ニ赴
キ外國法ノ定メタル方式ヲ履行シタル場合はナリ我舊法例第十條ニハ故意ヲ
以テ日本法律ヲ脱シタルトキハ此限ニ在ラズト規定シ其無効ナルコトヲ規定
セリ今新法例ニ關スル學說ハ舊法例ノ如ク無効說ヲ採ル者アリ又有效說ヲ採

ル者アリ有效説ノ理由トスル所ハ本國法カ當事者ノ便宜ヲ重シ外國法ノ定メタル方式ヲ履ムコトヲ認メタル以上ハ當事者ニ對シ本國法ノ定メタル方式ヲ守ルニ及ハスト規定セルモノナリ然ラハ當事者カ本國法ノ定メタル方式ヲ厭ヒ外國法ノ方式ヲ履ミタル場合ニ其法律行為ヲ無効トスル理由ナカルヘシ殊ニ惡意ヲ證明セントスルモ到底爲シ得ヘキコトニ非ス云云ト然レトモ惡意ヲ保護セサルハ法律ノ大原則ニシテ外國ノ方式ヲ履ムコトヲ許スハ當事者ノ善意ヲ要件ト爲シタルコト明カナリ而シテ惡意ヲ證明スルコトハ實際困難ナリト雖モ全ク不能ノ事ニ非ス例ヘハ當事者カ自白シタル場合ノ如キ是ナリ新法例ニ於テ舊法例但書ノ如キ規定ヲ設ケサルハ當然ノ規定ナルカ爲メナラシカ

法律行為ノ目的物カ不動産ナル場合ニ於テ其法律行為ノ方式ノ準據法ハ英米主義ト大陸主義トニ依リ其結果ヲ異ニス英米主義ニ依レハ不動産ヲ目的トスル法律行為ノ成立及ヒ效力ノ問題ハ勿論其方式ノ問題マテモ總テ不動産所在地ノ法律ニ依ルモノトス例ヘハ英國ニ存在スル不動産ヲ賣買スル場合ニ英國

ニ於テ右ノ賣買ヲ書面契約ナリトスルトキハ縱令英國以外ニ於テ契約ヲ爲シタル場合ト雖モ必ス英國法ノ定メタル方式ヲ履マサルヘカラス若シ英國ニ於テ物權移轉ノ方式ヲ定メタルトキハ亦英國ノ方式ヲ履マサルヘカラス蓋シ英米ニ於テ此ノ如キ主義ヲ採用シタル所以ハ不動産殊ニ土地ハ國土ノ一部分ナルカ故ニ之ニ關スル法律行為ヲ外國法ニ依ラシムルトキハ英米ノ利益ヲ侵害スト云フニ在リ之ニ反シテ歐洲大陸ニ於テハ普通西普通法典ニ於テ僅ニ英米主義ヲ採用シタルノミニシテ其他ノ國ニ於テハ一般ニ法律行為ノ問題ト物權自體ノ問題トヲ全ク區別セリ隨テ物權移轉ノ原因タル法律行為ノ方式ハ行為地法ニ依ルモ有效ニシテ唯物權移轉ノ方式ノミハ不動産所在地法ニ依ルヘキモノナリ例ヘハ獨逸ニ存在スル土地ヲ佛國ニ於テ賣買スル場合ニ佛國法ハ之ヲ無式契約ト爲スカ故ニ何等ノ方式ヲ履ムニ及ハス是レ法律行為ノ方式問題ナレハナリ然ルニ獨逸ニ於テハ土地ノ所有權ヲ移轉スルカ爲メニ登記ヲ要ス是レ物權移轉ノ方式ナルカ故ニ不動産所在地法タル獨逸法ニ依リ登記ヲ爲ササルヘカラス然ルニ我法例ハ前ニ一言スル如ク英米主義ヲ採用シタルモノ

トス

本國ニ於テ内國ノ臣民ニ對シ絶對ニ本國法ノ方式ヲ守ルヘキコトヲ命シタル場合ニ外國ニ於テ右ノ方式ヲ履マサルトキハ其法律行為ハ無効ナルヤ否ヤ例ヘハ本國ニ於テ贈與ハ書面契約殊ニ公正證書ヲ作ルヘキコトヲ命シタル場合ニ外國ニ於テ公正證書ヲ作ルヘキ機關ナキカ爲メニ單ニ私書證書ヲ作リテ贈與ヲ爲シタル場合ノ如キ是ナリ第一說ニ依レハ本國ノ法律カ外國ニ於テ其臣民ヲ羈束スヘキハ原則ナルカ故ニ本國ハ勿論第三國ニ於テモ此法律行為ヲ無効ト爲ササルヘカラス之ニ反シテ第二說ニ依レハ身分ニ關スル法律行為ノ場合ニ於テハ無論本國ノ法律ニ從フヘキモノナレトモ財産ニ關スル法律行為ニ付テハ之ヲ有效ト爲ササルヘカラス蓋シ本國ノ法律ハ人ニ附隨スルモノニ非サレハナリ更ニ第三說ニ依レハ右法律行為カ本國ニ於テ問題ト爲リタルトキハ無効ナレトモ第三國ニ於テ問題ト爲リタルトキハ之ヲ有效ト認メサルヘカラスト

尙ホ法律行為ノ方式ニ關スル原則上我法例第八條ノ所謂法律行為ノ範圍ヲ確

定スル必要アリ前ニ一言セシ如ク歐洲諸國ノ立法並ニ學說ハ財産ニ關スル法律行為ノミナラス親族法若クハ相續法ノ範圍ニ屬スル法律行為ノ方式ヲモ總テ前示ノ原則ニ依リテ管轄セシメタリ然ルニ我法例第八條所謂法律行為ナル文字ハ第七條所謂法律行為ナル文字ト全ク同一ナルヤノ感アリ何トナレハ第七條法律行為ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカラ定ム當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ルニ所謂法律行為ハ親族法又ハ相續法ニ依ル法律行為ヲ包含セサルコトハ當事者ノ意思ヲ標準トシテ其準據法ヲ定ムルヲ見テモ之ヲ知り得ヘキノミナラス親族法又ハ相續法ニ依ル法律行為ノ規定ニ付テハ法例中各之ヲ設ケタルニ依リ之ヲ知ルコトヲ得此ノ如ク第七條所謂法律行為ハ單ニ財産ニ關スル法律行為ノミヲ規定シタルモノニシテ而シテ第八條ハ其後ヲ承ケテ直チニ規定ヲ設ケタルヲ以テ往往我國ニ於テハ親族法及ヒ相續法ノ規定ニ依ルヘキ法律行為ノ方式ハ第八條ノ規定ニ屬セスト解スル者アリ予輩ハ條項ノ順序ヨリ言ヘハ第八條ヲ第七條ノ後ニ置キタルハ頗ル失當ナルモノナリト信ス何トナレハ第九條ニ

於テ定メタル法律行為ノ問題モ親族法及ヒ相續法ノ範圍外ニ立ツモノナレハナリ然レトモ新法例中一般ノ方式ヲ定メタル規定ナキヲ觀レハ條項ノ配列上ノ觀察ハ姑ク措キ第八條ハ一般ノ法律行為ノ方式ヲ定メタルモノナリト解釋スルヲ穩當ナリト信ス

法律行為ノ方式ニ關スル原則ハ要式行為ノ方式ヲ包含スルヤハ一ノ問題ナレトモ今日多數ノ學說並ニ實例ハ要式行為ノ方式ヲ包含スト認メタリ我僑法例ノ如キハ要式ノ合意ナル文字ヲ以テ此趣意ヲ明言セリ新法例ノ趣旨亦之外ナラス而シテ我國ノ學說ハ一般ニ右ノ趣意ヲ認メサルハナシ然レトモ要式行為ノ方式ハ法律行為ノ成立ニ關スル要件ニシテ之ヲ履ムト否トニ依リ法律行為ノ運命ヲ左右スルモノナリ故ニ理論上ヨリ言ヘハ本章ノ原則ニ包含セラルルモノハ單ニ法律行為ヲ證明スル方式ノミヅリト謂ハサルヘカラス而シテ如何ナル方式カ法律行為ノ證明ナルヤハ其方式カ法律行為ノ成立ニ關スルト否トニ依リテ之ヲ區別スルコトヲ得ヘシ例ヘハ吾人カ契約ヲ爲シタル場合ニ公正證書若クハ私書證書ヲ作成シテ之ヲ證明スルト否トハ吾人ノ自由ニ屬

スル所ニシテ法律上之ヲ必要ト爲スモノニ非ス隨テ此種ノ方式ハ本章ノ原則ニ據リテ管轄セラルヘキヲ正當ナリト信ス

本原則ハ隨意法ナリヤ將タ強制法ナリヤ今日多數ノ學說ハ之ヲ隨意法ナリト曰ヘリ蓋シ本原則ノ理由ヲ説明スル學者ノ多數カ前ニ示シタル便宜說ヲ採リタル結果ナリトス即チ行為地ノ方式ヲ履マサルモ本國法ノ定メタル方式ヲ履ミタル場合ニ於テハ方式上其法律行為ハ有效ナリトスルモノナリ而シテ之ヲ強制法ナリト斷定スル學者ハ多クハ主權說ヲ論據トセリ然レトモ主權說ノ誤謬ナルコトハ前ニ一言セシカ故ニ其結論ノ不當ナルコトハ再言スルヲ要セス此原則ヲ隨意法ナリト斷定スル學者ノ多數ハ本國法及ヒ行為地法ノ二ヲ以テ法律行為ノ方式ニ關スル準據法ト爲ス者多シ然レトモ尙ホ法律行為ノ成立及ヒ效力ヲ定ムル法律ヲ合併セテ準據法ト爲スコト我法例ノ如キ例鈔シトセス或ハ法律行為ノ效力ヲ生スル地ノ法律ヲ合併セテ準據法ト認ムル學說モ亦之アリ而シテ實例モ亦此等ノ學說ノ如ク區區ニ岐レタリ我法例第八條ハ法律行為ノ成立及ヒ效力ヲ定ムル法律ト行為地法トノ二ヲ以テ準據法ト爲セシコ

トハ既ニ説明セシ所ナレトモ内國人間ニ外國ニ於テ法律行為ヲ爲シタル場合ニ内國法ノ方式ヲ履ミタルトキハ尙ホ之ヲ有效ト爲スヘキヤ否ヤ此事ハ法律行為ノ成立及ヒ效力ニ關スル準據法ハ我法例上内國ノ法律ヲモ包含スルヤ否ヤニ依リテ決セラルルモノトス隨テ此事ハ後ニ法律行為ノ實質問題ヲ説明スル場合ニ讓ルヘシ然ルニ伊太利ニ於テハ嘗テ同國民法編纂ノ際此問題ニ付キ委員會ニ議論ヲ生シタリシカ確定法文ハ草案ノ規定ニ反シ内國人間ニ於ケル法律行為ニ付テハ本國法ノ定メタル方式ニ依ルモ有效ナリト定メタリ隨テ同法ニ於テハ國籍ヲ異ニスル當事者ハ必ス行為地ノ方式ヲ履ムヘキモノト謂フヘシ然ルニ學者間ニ於テハ當事者カ國籍ヲ異ニスル場合ニ當事者ノ各本國法ノ定メタル方式ヲ履ミタルトキハ其法律行為ハ方式上有效ナリト解釋スル者アリ或ハ當事者雙方ノ本國法カ定メタル方式ヲ履ミタルトキニ於テ有效ナリト解釋スル者アリ例ヘハ二人ノ當事者アリテ一人ハ伊太利人ニシテ他ノ一人ハ佛蘭西人ナリシ場合ニ其法律行為ヲ獨逸ニ於テ爲シタルニ方リ當事者カ何レモ伊太利法ノ方式ト佛蘭西法ノ方式トヲ併セテ履ミタルトキハ縱令行為

地タル獨逸ノ定メタル方式ニ依ラサルモ有效ナリト解釋スル者アリ財政ノ爲メニ訴訟上一定ノ手續ヲ必要ト爲ス場合ハ各國ニ於テ其例乏シカラス例ヘハ證書ニ印紙ヲ貼用スル手續ノ如キ是ナリ此場合モ法律行為ノ原則ニ依リテ管轄セラルヘキヤ否ヤ學者間ニ議論アル所ナレトモ予輩ハ一般ノ學者カ此問題ヲ抽象的ニ説明シ得ヘキモノト信スルヲ疑フ者ナリ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ此問題ハ印紙貼用ノ手續ハ果シテ法律行為ノ方式ト認ムヘキヤ否ヤノ先決問題ニ係ルモノト信ス而シテ此先決問題ハ抽象的ニ解釋スルコトヲ得ス何トナレハ印紙ノ貼用ヲ命スル各國法律ノ規定ハ同一ナラサレハナリ或ハ之ヲ以テ法律行為ノ證明ニ缺クヘカラサルモノト爲ス國アリ或ハ之ヲ以テ全ク租稅徵收ノ方法ニ過キス隨テ印紙ヲ貼用セサルトキハ其罰ヲ受クルニ止マリ法律行為ノ證明ヲ妨ケサル例アリ茲ニ於テカ證書ヲ作成スルニ方リ作成地ノ法律カ第一種ノ國ニ屬スルトキハ法律行為ニ關スル原則ニ依リテ管轄セラルヘク之ニ反シテ第二種ノ國ニ屬スルトキハ此原則ノ範圍ニ屬セサルモノト知ルヘシ

法律行為ノ方式ニ付キ往往條約ヲ締結スル例アリ殊ニ外國ニ於テ內國人カ婚姻ヲ爲ス場合ニ公使又ハ領事カ戸籍吏ノ代理ヲ爲スヘキ場合ニ多ク見ル所ノ例ナリトス而シテ今日多數ノ國ハ法律ヲ以テ此事ヲ規定セリ例ヘハ日本、獨逸、英吉利、佛蘭西、伊太利、北亞米利加、匈牙利、白耳義等即チ是ナリ然ルニ此種ノ條約ニ付キ二箇ノ見解ヲ生シタリ第一說ニ依レハ此種ノ條約ハ之ヲ締結スル必要ヲ見スト云フニ在リ蓋シ內國ノ臣民ニ對シ國家カ方式ニ關スル機關ヲ定ムルハ隨意ニシテ外國ノ承諾ヲ要セサルカ故ナリト第二說ニ依レハ公使又ハ領事ハ外國ニ在ルモ猶ホ自國ニ在ルカ如シ隨テ條約ヲ締結スル必要アル所以ナリト然レトモ第二說ハ全ク價值ナキモノニシテ若シ此說ノ前提ニシテ果シテ誤リナキニ於テハ却テ條約ヲ締結スル必要ナカルヘシ何トナレハ公使又ハ領事カ內國ニ於テ國家行為ヲ爲ス場合ニ外國ノ承諾ヲ必要トスヘキ理ナケレハナリ此ノ如ク第二說ハ誤譯ノ見解ナレトモ其條約ヲ締結スル必要アリト爲スノ點ニ於テハ予ノ贊成スル所ナリ何トナレハ公使カ外國ニ駐在スルハ內國ニ住スルト全ク同一ナリトノ見解ハ今日ノ國際法ニ適合セサル陳腐ノ說ニシテ公

使カ戸籍吏ノ職務ヲ爲スハ主權ヲ行用スルモノナルカ故ニ其行用地タル外國ノ承諾ヲ經ルコトヲ要スルモノナリ殊ニ領事ハ從來ノ學說ニ徴スルモ公使ト同一ニ認ムヘカラサルモノナルニ於テヲヤ

第二編 各論

第一章 人

第一節 權利能力

第一款 自然人ノ權利能力

權利能力ハ權利義務ノ主體ト爲ルコトヲ得ルノ義ニシテ獨逸學者ノ好シテ用フル所ノ文字ナリ而シテ權利能力ハ出生ニ因リテ開始スルコトハ近世學說並ニ實例ニ於テ等シク認ムル所ニシテ我民法及ヒ獨逸民法ノ如キハ何レモ此事ヲ明定セリ而シテ母體ヲ離レタル時ヲ以テ出生ト視ルヘシトハ是レ亦一般ニ認メラレタル所ナレトモ往往開眼又ハ發聲ヲ以テ出生ノ徵候ト定ムル例アリ

例ハハ普通西普通法典與太利民法ノ如キ是ナリ又生レタル兒ノ人形ヲ具フルコトヲ要スト定ムル例アリ例ハ佛蘭西民法ノ如キ是ナリ獨逸民法草案理由書ハバウムバ氏等ノ説ヲ揭ケテ現今ノ醫學上人體ヨリ生レタル者ハ必ス人ナルコトヲ證明セリ然レトモ佛蘭西民法等ノ如キ規定アル以上ハ畸形兒ヲ以テ人ト看做スヘキヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ凡ソ此等ノ場合ニ於テ生地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ決スヘキヤ或ハ外國ノ法律ニ依リテ此問題ヲ決スヘキヤノ疑ヲ生スヘシ

右ノ外社會上ノ身分ニ依リテ權利能力ノ範圍ヲ異ニスル國アリ獨逸ノ如キハ從來貴族ヲシテ廣大ナル特權ヲ享有セシメタリシカ新民法施行法ニ於テ大ニ其範圍ヲ縮少セリ然レトモ尙ホ箇箇ノ場合ニ於テ多クノ特權ヲ付與セリ露西亞ノ制度亦然リ今此等ノ國ノ貴族カ我國ニ於テ本國法ノ認メタル特權ヲ享有スルコトヲ得ルヤ否ヤ是レ亦涉外の問題タルヘシ此問題ニ付キ或ハ外國ノ貴族ニ付テノ系統ニ出ツルト將タ政府ノ恩命ニ出ツルトヲ問ハス之ヲ認メスト曰フ者アリ或ハ系統上ノ貴族ハ之ヲ認ムルモ恩命ニ出ツル貴族ハ之ヲ認メス

ト曰フ者アリ然レトモ多數ノ學說ニ依レハ外國人ヲ貴族ト爲シタル場合ヲ除ク外其恩命ニ出ツルト將タ系統ニ出ツルトヲ問ハス總テ之ヲ認ムヘキモノナリトセリ又胎兒ハ一定ノ場合ニ於テノミ其人格ヲ認ムル例アリ或ハ其利益ト爲ル場合ニ於テハ其人格ヲ認ムル例アリ今後者ニ屬スル國ノ人民カ我國ノ如ク一定ノ場合ニノミ人格ヲ認ムル國ニ於テ懷胎シタルトキハ何レノ國法ニ依リテ其人格ヲ認ムヘキヤノ問題ヲ生ス其他舊教ヲ奉スル諸國ニ於テ往往一定ノ宗教組合ニ屬スル僧侶ノ相續權ヲ認メサル例アリ是レ亦涉外の問題ノ原因ト爲ルヘシ其他奴隸ニ付テモ亦同シ

此ノ如ク權利能力ハ涉外の問題ノ原因ト爲ルカ故ニ此問題ヲ解釋スル學說甚カラス第一ハ當事者ノ住所法ニ依リテ此問題ヲ決定セントスルモノニシテ第二ハ其本國法ニ依リ第三ハ內國法ニ依リテ之ヲ決定セントセリ右住所法說ト本國法說トハ殆ト相類スルモノナリ本國法說ヲ唱フル學者中或ハ能力ハ人ニ附著スルモノナルカ故ニ之ニ關スル規定モ亦屬人法ナリト曰フ者アリ或ハ本國ト其臣民トノ關係ハ本國ニ在ルト否トニ依リテ消滅スルモノニ非ス唯外國

ノ主權ヲ侵害スル場合例ヘハ物權ニ關スル規定ニ於テノミ外國ノ法律ニ服從スヘキモノナリト曰フ者アリ或ハ權利能力ヲ行為能力ト同視シ氣候風土等ノ天然的關係又ハ社會ノ狀態ニ依リテ權利能力ヲ定ムルモノナルカ故ニ外國法ニ依リテ權利能力ノ問題ヲ決定スルコト能ハスト曰フ者アリ住所法說ヲ唱フル者ハ本國ノ代リニ住所ヲ主張スルニ過キス而シテ內國法說ヲ唱フル者ハ曰ク若シ外國法殊ニ本國法ニ依リ此問題ヲ決スルトキハ内外人平等主義ヲ打破スルニ至ルヘシ例ヘハ露西亞獨逸等ノ貴族カ內國ニ於テ特權ヲ享有スルヲ得ルハ本國法說ヨリ生スル當然ノ結果ニシテ即チ外國人ハ內國人ニ比シ不平等ノ地位ニ立ラニ至ル之ニ反シテ奴隸ヲ認ムル國ノ人民カ我國ニ來リタルトキ本國法ヲ適用セハ何等ノ權利ヲ享有スルコト能ハサルニ至ルヘシ云ト以上ノ說ハ何レモ十分ノ根據ヲ有セス蓋シ權利能力ハ行為能力ト其性質ヲ異ニスルモノニシテ從來ノ學者カ此二者ヲ混同シタルハ全ク謬論ナリ內國法說ハ稍穩當ナルカ如キモ若シ內國法カ平等主義ヲ探ラサル場合ハ如何ニスヘキヤ蓋シ外國人ノ私權ニ關スル現行ノ制度ハ必スシモ平等主義ニ非サルコトハ既ニ

總論ニ説明セシ所ナレハナリ

予ヲ以テ之ヲ觀ルニ權利能力ノ準據法ハ即チ法律關係ノ準據法ナリ蓋シ法律關係ノ準據法ハ必スヤ一定ノ人格ヲ豫想セサルハナシ例ヘハ物權ノ目的カ其目的物ノ所在地法ニ依リテ決セラルルハ我國ヲ首メ歐洲大陸ニ於テ多ク認メラルル所ナリ此場合ニ物權ノ準據法ハ目的物ノ所在地法タリ而シテ其所在地法ハ外國法ニ依リテ物權ノ享有者ヲ認メタリト解スルコト能ハサルハ權利享有ノ問題ト法律關係自體ノ問題トカ別箇ノ法律ニ依リテ管轄セラルルトキハ原因結果ノ連絡ヲ缺ケハナリ我法例其他ノ國ノ法律ニ於テ此ノ如キ不處理ノ結果ヲ認メタリト解釋スルコト能ハス隨テ我法例ノ如ク行為能力ノ問題ノミヲ規定シ權利能力ノ問題ヲ規定セサルハ法律關係ノ準據法中ニ包含セシメタルカ故ナリ或ハ法例第三條ノ能力ナル文字中ニハ權利能力ヲ含ムト曰フ者アレトモ我國ニ於テ能力ナル文字ハ既ニ一定ノ意味ヲ有スルモノナルカ故ニ此說ニ從フコト能ハス加之第三條第二項以下ノ規定ヲ見レハ所謂行為能力ノミヲ規定シタルコト明カナルヘシ

第二款 法人ノ權利能力

外國ノ法人ヲ內國ニ於テ認ムヘキヤ否ヤノ問題ハ昔時ニ於テハ概テ其當事者能力ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ナリシカ今日ニ於テハ其權利能力ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ナリトス蓋シ今日ニ於テハ權利能力ヲ有スル者ハ當事者能力ヲ有スルヲ以テ原則トスレトモ昔時ハ之ニ反シテ外國法人ノ當事者能力ヲ認ムレトモ必スシモ權利能力ヲ認メサレハナリ今日外國法人ヲ認ムヘト唱フル者ハ或ハ便宜上ヨリ立論スル者アリ即チ法人ハ文明ノ結果ニシテ社會ニ利益ヲ與フルモノナルカ故ニ之ヲ認ムヘシト云フニ在リ或ハ法人ノ性質上ヨリ立論スル者アリ此說ハ純然タル法理論ナルカ故ニ茲ニ之ヲ詳論セシ其說ニ曰ク自然人ヲ法律カ人格トシテ認ムルハ自然人ノ性質ヨリ出ツルモノナリ蓋シ法律ハ何ノ爲メニ作ルヤト言ハハ人格保護ノ爲メニ之ヲ設クルモノナリト答ヘサルヘカラス若シ人格ヲ認メ之ヲ保護セサル國アラハ是レ即チ無法律ノ國ニシテ法律ハ人格ヲ前提トシテ存スルモノナリ蓋シ人格ニ實質上及ヒ形式上ノ二

面アリ人格ノ實質ハ法律制定前ニ存スルモノニシテ法律カ之ヲ形式的ニ認メテ始メテ人格ノ保護ヲ全リスルニ至ル即チ法律ハ人格ヲ保護スヘキ必要ヲ有スルモノナリ法人モ亦之ニ異ナラス法人ハ社會ノ發達ト共ニ社會ニ其實體ヲ生シタルモノニシテ法律カ之ヲ認ムル必要アリテ始メテ起リタルモノナリ即チ法律ハ之ヲ認ムルコトヲ得ルニ非スシテ之ヲ認メサルヘカサルナリ而シテ自然人ハ國際私法上外國ニ於テモ亦人格ヲ認メラルル以上ハ法人モ亦國外ニ於テ認メラレサルヘカラスト之ニ對スル說ヲ法律制定說ト謂フ即チ法人ハ有形上ニ存在スルモノニ非スシテ吾人ノ腦裡ニ存スル幻影ニ過キス故ニ法律ハ特ニ其人格ヲ認ムルニ非サレハ權利ヲ享有シ義務ヲ負擔スルコト能ハサルモノナリ而シテ法律ハ國境ヲ越エス故ニ外國法人カ當然內國ニ於テ認メラルヘシト云フハ外國ノ主權ハ內國ニ於テ當然行ハルルト云フニ同シ云云ト予ヲ以テ之ヲ觀ルニ法律カ自然人ヲ人格トシテ認メサルヘカサル性質ヲ有スルコトハ人ニ自存目的アルカ爲メナリトス而シテ法律ハ今日ノ學說ニ反シ自然人ヲ以テ萬物ノ靈長ナリト認メタリ語ヲ換ヘテ言ヘハ自然人以外ノモノ

ハ權利ノ目的物トシテ自然人ノ意思ヲ以テ隨意ニ之ヲ處分シ得ヘキモノト認メサルハナシ然ルニ法人ハ自然人ト同シク自存目的ヲ有スルヤ蓋シ天地間ニ於ケル一切ノ物ハ他存目的ヲ有スルカ故ニ權利ノ目的ト看做サレタリ法人ニシテ自存目的ヲ有スル以上ハ法律ハ之ヲ人格トシテ認メサルヘカラサル結果ヲ生スレトモ法人ハ自存目的ヲ有セスシテ自然人カ生存ヲ全リセンカ爲メニ存スルモノニ過キス此點ニ於テ權利ノ目的物ト其性質ヲ異ニスルモノニ非ス蓋シ社會ノ發達ト共ニ勞力ノ協合、勞力ノ結合ハ益盛ナルハ勿論ニシテ未開時代ニ於テ殆ト知ラサル所ナリトス而シテ吾人カ所謂法人殊ニ私法上ノ法人ハ勞力資本ノ結合ニ外ナラサルヲ知ラハ法人ハ其人者ノ爲メニ存セサルコトヲ明カニスヘシ例ヘハ運河ノ開鑿、鐵道ノ布設皆是レ箇箇ノ人格タル自然人ニ依リテ完成スル能ハサル所ナリ是ニ於テ始メテ想像ノ人格ヲ認ムルノ必要ヲ生セリ故ニ法人ハ法律ノ規定ヲ待チテ始メテ生スルモノニシテ法律カ之ヲ認ムヘキ必要ヲ有セサルハ自存目的ヲ有スル自然人ヲ人格ト認ムヘキ必要アルト全ク相異ナルモノトス

外國法人ノ人格ハ內國ニ於テ之ヲ認メタルトキ始メテ成立スルモノトス而シテ近來ノ立法例ハ法律上一定ノ要件ヲ設ケテ之ヲ認許スル方針ヲ探レリ然ルニ其享有スル權利能力ノ範圍ニ付キ內國法ニ依ルヘキヤ或ハ法人ノ本國法ニ依ルヘキヤハ一ノ問題ナレトモ多クハ本國法ニ依リテ其範圍ヲ定ムヘシト論セリ就中ローラン氏ノ如キハ以爲ラテ外國法人ハ設立地ニ於テ法律上生存スト雖モ外國ニ於テ生存スルモノニ非ス即チ權利ヲ行使セントスル地ノ法律ニ依リテ認許セララルニ非サレハ其地ニ生存スヘカラサルモノニシテ內國ニ於テ法人ニ生存ヲ與フルモノハ其地ノ法律ナル以上ハ認許セラレタル權利範圍ヲ定ムルモ亦同一ノ法律タラサルヘカラス云云ト「ワイス」之ヲ駁シテ曰ク「ローラン氏」ノ說ハ認許ニ依リテ本國ノ國籍ヲ喪失シ認許國ニ歸化スルコトヲ認ムルモノト謂フヘシ蓋シ認許ハ法人ニ新ニ人格ヲ與フルモノニ非ス又新ニ國籍ヲ付與スルモノニ非ス云云ト今「ローラン氏」ノ說ノ當否ヲ明カニセント欲セハ先ツ認許ノ何モノナルヤヲ明カニセサルヘカラス蓋シ認許ト法人ノ創立ト同義ナレハ外國法人ノ享有スル權利ノ範圍ハ總テ內國ノ法律ニ從フヘシト雖モ認許

ハ未存ノ事物ヲ創生スルノ謂ニ非スシテ既存ノ事物ヲ認ムルニ過キス故ニ外國法人ヲ認許スルトハ畢竟既存ノ權利義務ヲ認ムルノ謂ナリ日本舊民法人事編草案第七條ニ曰ク「法律ハ外國國家ヲ除クノ外無形人ノ成立ヲ認許セス但シ條約又ハ特許アルトキハ此限ニ在ラス其成立ヲ認許シタル外國無形人ハ帝國ニ成立スル同種ノモノト同一ノ權利ヲ享有ス」ト同理由書ニ曰ク無形人ハ假想上ノモノニシテ法律ノ力ヲ以テ造成スルモノナレハ性質上其國ニ限ルヘク豈國益ノ爲メ設クルモノヲ外國ニ及ホスノ謂アラシヤ故ニ我法律ハ外國ニ於テ設定シタル無形人ノ存立ヲ認許セス若シ我國ニ於テ權利ヲ行ハントセハ我國ノ認許ヲ得ルヲ要ス此認許ハ或ハ條約ヲ以テ之ヲ約シ或ハ我政府ヨリ特別ノ免許ヲ受タヘキモノトス或ハ法例第七條ノ人ノ身分能力ハ其本國法ヲ以テ之ヲ支配ストノ規則ヲ援引シ人ノ身分能力ハ其本國法ヲ以テ支配スヘキモノナレハ外國無形人ハ其本國法ニ從ヒ其資格ヲ定ムヘシト曰フ者アラン然レトモ前ニ一言シタルカ如ク無形人ハ人事編ノ權利義務ヲ有スヘキモノニ非ス第七條ハ各箇人ニ限り毫モ無形人ニ關係ナキコトハ理ノ當然ナリ且ツ夫レ無形人ヲ

設定スルモノハ公益ノ爲メニ非スヤ故ニ無形人ノ設立ニ關スル法律ハ公益上ニ關スルモノナリ社會ノ權利ニ關スルモノナリ社會ノ權利ノ目的トスル法律ハ如何ナル性質ヲ有スルカ是レ管人法ニ非スシテ管地法ナリ而シテ管地法ノ性質タルヤ一國內ニ限り決シテ之ヲ外國ノ地ニ適用スルコトヲ得サルモノトス一國ニ於ケル或無形人ヲ公害アルモノト爲シ之ヲ禁止センニ若シ外國ニ設定シタル同種ノ無形人カ侵入スルヲ得ンニハ其禁止ハ全ク無効ニ屬スヘシ一國ノ公益タルモ外國ノ公害ト爲ルコトアルヲ以テ外國無形人ノ存立ヲ認許スヘキヤ否ヤニ付キ可否ヲ貯存セサルヘカラス云云是レローラン氏ト見解ヲ同シウスルモノナリ

新民法第三十六條ニ曰ク「外國法人ハ國國ノ行政區畫及ヒ商會社ヲ除ク外其成立ヲ認許セス但法律又ハ條約ニ依リテ認許セラレタルモノハ此限ニ在ラス、前項ノ規定ニ依リテ認許セラレタル外國法人ハ日本ニ成立スル同種ノ者ト同一ノ私權ヲ有ス但外國人カ享有スルコトヲ得サル權利及ヒ法律又ハ條約中ニ特別ノ規定アルモノハ此限ニ在ラス」舊民法人事編第六條ニ曰ク「法律ハ外國

沒了スルモノト謂フヘシ

ナル弊害ヲ醸スノ虞アリトノ思想ニ出テタルモノナリ

第三款 權利能力ノ消滅

權利能力ノ消滅原因ハ舊時ニ於テハ其種類極メタ多シ例ヘハ自由ノ喪失、準死
失踪、死亡等ナリシカ今日ニ於テハ前二種ノ原因ハ一般ニ之ヲ廢スルニ至レリ
而シテ自由ノ喪失殊ニ奴隸ハ今日僅少ノ國ニ於テ之ヲ存スト雖モ善良ノ風俗
ニ反スルノ故ヲ以テ外國ニ於テ一般ニ之ヲ認メス而シテ死亡ハ何レノ國ニ於
テモ權利能力喪失ノ原因ト認ムルカ故ニ涉外の問題ヲ惹起スニ由ナシ但シ數
人同時ニ死亡シタル場合ニ於テ死亡順序ノ推定ニ付キ僅ニ涉外の問題ヲ惹起
スノミ

權利能力消滅ノ原因中最モ涉外の問題ヲ惹起スハ失踪ナリ蓋シ失踪ノ制度ハ
今日之ヲ三種ニ分ツコトヲ得ヘシ一ハ英米ノ如ク全ク此制度ヲ設ケサルモノ
ニシテ一ハ我國及ヒ獨逸法系諸國ノ如ク失踪ニ因リ死亡ノ推定ヲ爲スモノ一
ハ佛蘭西法系ノ如ク死亡ノ推定ヲ爲ササルモ相續開始ノ原因ト認ムルモノ即
チ是ナリ而シテ等シク失踪ノ制度ヲ設クル國ニ於テモ一定ノ年齡ヲ要件トス

ルモノアリ例ヘハ獨逸ノ如キハ一般ノ失踪ニ付テハ三十歳以上ノ者ニ非サル
ハ失踪ノ宣告ヲ受クルコトナシ然ルニ我國ノ如キハ此ノ如ク年齡ヲ以テ失踪
ノ要件ト認メス而シテ失踪ノ宣告ニ依リ死亡ノ推定ヲ爲ス國ト失踪ノ宣告後
更ニ一定ノ期間満了後死亡ノ推定ヲ爲ス國アリ後者ハ瑞西國ニ於テ其例ヲ見
ル所ナリ其他死亡推定ノ時期ニ付テモ各國ノ規定同シカラス或ハ獨逸法系ノ
如ク一般ノ失踪ノ場合ニハ失踪ノ宣告中ニ定メタル時期ニ死亡セリト推定ス
ルカ又ハ此時期ヲ定ムル能ハサル場合ニ於テハ法律上ノ推定ニ因リテ死亡ノ
時期ヲ定ムル例アリ或ハ法律ヲ以テ死亡ノ時期ヲ確定スル例アリ例ヘハ我國
ノ如キ即チ是ナリ又失踪ノ手續ニ付テモ各國ノ規定同一ナラス是レ涉外の問
題ヲ惹起ス所以ニシテ各國ノ實例多クハ本國法主義ヲ認メ學說モ亦之ヲ認ム
ルモノ多シ我法例第六條ニ於テモ失踪ニ關スル涉外の問題ノ一部ヲ決定セリ
同條ニ曰ク外國人ノ生死カ分明ナラサル場合ニ於テハ裁判所ハ日本ニ在ル財
產及ヒ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ付テノミ日本ノ法律ニ依リテ失踪ノ
宣告ヲ爲スコトヲ得ト而シテ外國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケタル者アルトキ我

國ニ於テ其宣告ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ハ本條ニ依リ決定スルコトヲ得サルモノトス抑モ外國人ニ對シ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤハ一問題ナレトモ前ニ示セタル如ク多數ノ實例並ニ學說ハ外國人ニ對シ失踪ノ宣告ヲ爲スヘカラサルコトヲ認ム而シテ我法例第六條ニ於テハ日本ニ存在スル財産又ハ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ關セサル場合ニ於テハ外國人ニ對シ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得サル旨ヲ裏面ヨリ解釋スルコトヲ得ヘシ然ラハ日本ニ存在スル財産トハ如何ナル意義ヲ有スルヤ蓋シ不動産ノ所在地ハ容易ニ之ヲ確定スルコトヲ得レトモ動産ハ常ニ其所在地ヲ轉スルカ故ニ如何ナル時ヲ標準トシテ我國ニ存在スルヤ否ヤヲ決定スヘキカ例ヘハ失踪ノ宣告ヲ爲ス時ニ動産ノ日本ニ存在セシモ請求ノ當時ニ於テハ其動産ノ所在地カ外國ナリシ場合ノ如キ尙ホ我國ニ在ル財産ト認ムヘキヤ否ヤ蓋シ失踪ノ問題カ財産ニ最モ關係アル時期ハ請求ノ時ニシテ即チ請求ヲ爲スノ必要アルヤ否ヤハ其當時日本ニ財産ノ存在スルト否トニ依リテ定マルモノニシテ請求後ニ財産ノ我國ニ來ルヘキヤ否ヤハ未知ノ問題ナリトス故ニ財産殊ニ動産ノ所在地ヲ定ムル時期ハ請求

ノ當時ナリト謂ハサルヘカラス或ハ法例第十條ニ依リ權利得喪ノ原因タル事實ノ完成シタル時ヲ以テ所在地ヲ定ムヘキカ如キモ第十條ハ權利ノ得喪ニ關スルモノニシテ第六條ハ權利ノ得喪ト何等ノ關係ナキモノトス

又法例第六條ニハ日本ニ在ル財産トアルカ故ニ債權ヲモ包含スヘシ然ラハ債權ノ所在地ハ債務者ノ住所ナリヤ又ハ法律行為ヲ爲シタル地ナリヤ將タ又債權者ノ住所ナリヤ蓋シ債務者ノ住所カ我國ニ在ル場合ニ於テハ債權執行ノ點ヨリ觀ルモ將タ第三者ノ利益ヲ保護スル點ヨリ觀ルモ日本ヲ以テ債權ノ所在地ト謂ハサルヘカラス故ニ右以外ノ場合ニ於テハ日本ノ裁判所ニ於テハ外國人ノ失踪ヲ宣告スル必要ナシ之ヲ要スルニ日本ニ在ル債權トハ債務者カ失踪宣告ノ請求ヲ爲ス當時日本ニ住所ヲ有スル場合ナリト解スルヲ穩當ナリトス

日本ノ裁判所カ失踪ノ宣告ヲ爲ス第二ノ場合ハ日本ノ法律ニ依ルヘキ法律關係ニ關スル場合トス例ヘハ生死ノ分明ナラサル外國人カ我國ノ生命保險會社ト契約ヲ爲シタル場合ノ如キ又ハ外國人ノ終身ヲ期シテ負擔スヘキ義務ヲ我

國ニ於テ約シタル場合ノ如キハ我國ノ裁判所ハ利害關係人ノ請求ニ依リ失踪ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

外國人カ日本ニ財産ヲ遺留シテ其生死カ不明ト爲リタル場合ニ日本ノ裁判所ニ於テ失踪ノ宣告ヲ爲シタルトキハ其財産ノ所有者ハ何人ナリヤ蓋シ我國ノ規定ニ依レハ失踪ノ宣告ハ死亡ヲ推定スルカ故ニ日本ノ法律ヨリ觀レハ右外國人カ所有者ナラサルコト明白ナリ然ラハ死亡ニ因リ相續開始スヘキヤ否ヤ

法例第二十五條ニ依レハ「相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル」トアルカ故ニ相續問題ハ總テ被相續人タル外國人ノ本國法ニ依リテ定メサルヘカラス同條ハ單ニ「相續ハ」ト規定スレトモ相續開始ノ原因ヲモ包括セシムルカ爲メニ此ノ如ク廣汎的ニ規定シタルモノトス然ラハ今我國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ受ケタル外國人カ英、米、人ナルトキハ如何予輩ノ知ル所ニ依レハ（獨逸民法草案理由書ニ依ル）英米ニ於テハ失踪ノ制度ナク隨テ之ヲ以テ相續開始ノ原因ト認メサルカ故ニ英米ノ法律ヨリ觀レハ我國ニ存在スル財産ノ所有者ハ依然トシテ失踪外國人ナリ然ラハ右ノ財産ハ民法第千五十九條ニ依リ國庫ニ歸屬スヘキヤト云フニ

同條ハ相續開始ヲ前提トシタル規定ニシテ本問ハ相續不開ノ場合ナルカ故ニ此ノ如ク結論スルコト能ハス隨テ民法第二百三十九條ヲ適用スヘキノミ或ハ法例第六條ハ第二十五條ノ例外トシテ失踪ノ宣告ヲ受ケタル外國人ノ財産ニ付キ日本法律ニ依リ相續問題ヲ決定スヘキカ如シト雖モ相續問題ト失踪問題トハ全ク別物ナルカ故ニ第六條ニ於テ特別ノ規定ナキ以上ハ此ノ如ク解釋スルコト能ハス

歐洲大陸ニ於テハ外國人ニ對シテ失踪ノ宣告ヲ爲ササルヲ例トス「ムハイム」曰ク人格ノ消滅ハ其本國法ニ依リテ定マル即チ共死者ノ推定並ニ失踪ハ本國法ニ依ルヘキノトス又本國ノ裁判所ハ死亡者又ハ失踪者ノ財産ヲ管理ス若シ國家カ其領域内ニ存在スル財産ヲ絕對的ニ自國ノ法律ニ服從セシムルトキハ所在地ヲ異ニスルニ從ヒテ其財産ノ運命ヲ異ニスルヘシ即チ一人ニシテ本國ニ於テハ死亡者ト看做サレ他國ニ於テハ生存者ト認メラルル奇怪ナル結果ヲ生スヘシ又「プロシエ」ノ如キハ失踪者ノ最後ノ住所地ニ於ケル裁判所ノミ失踪ノ宣告ヲ管轄スト曰ヒ獨逸ノ判決例千八百九十年ハ失踪者ヲ生存者

ト看做スヘキヤ否ヤヲ其最後ノ既知ノ住所ニ於ケル法律ニ依リテ定ムルモノニシテ我法例ノ如ク財産所在地ノ裁判所ヲ以テ失踪宣告ノ管轄ト爲ス說極メテ斟酌シ然ルニ獨逸民法施行法第九條ハ我法例ト同一ノ規定ヲ掲ケタリ或全文ヲ示セハ左ノ如シ

第九條 失踪者カ失踪開始ノ時ニ獨逸人ナリシトキハ獨逸法律ニ依リ内國ニ於テ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

失踪者カ失踪開始ノ時ニ外國ニ屬シタルトキハ獨逸法律ニ依リテ定マル法律關係ニ對スル效力ヲ以テ並ニ内國ニ存在スル財産ニ對スル效力ヲ以テ失踪者ニ對シ獨逸法律ニ依リ内國ニ於テ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得民法第二千三百六十九條第二項ノ規定ヲ準用ス

參照 第二千三百六十九條 獨逸官廳カ權利ノ登記ニ要スル帳簿ヲ或物ノ爲メニ備附シルトキハ其物ハ内地ニ存スルモノト看做ス

失踪シタル外國ノ夫カ内國ニ於テ其最後ノ住所ヲ有シ而シテ内國ニ留在シタル若クハ内國ニ歸リタル妻カ獨逸人ナルトキ又ハ失踪者ト其婚姻ヲ爲ス

マテ獨逸人タリシ時ハ妻ノ申立ニ因リ失踪者ニ對シ第二項ニ定メタル制限ナクシテ獨逸法律ニ因リ内國ニ於テ死亡ノ宣告ヲ爲スコトヲ得

本條第一項及ヒ第二項ハ第二讀會ニ於ケル民法第二千二百三十六條ヲ全然採用シタルモノニシテ「グープハルト」草案ニモ將タ其修正案ニモ之ナキ所ナリ「グープハルト」案ノ條文左ノ如シ

第八條 死亡ノ宣告ニ關スル内國法ノ規定ハ獨逸人ニノミ適用セラル

内國ノ裁判所ハ右ノ手續ヲ專ニ管轄ス

修正案ノ條文左ノ如シ

第八條 第六條乃至第二十五條ノ規定ハ總テノ獨逸人ニ適用セラレ且ツ獨逸人ニノミ適用セラル

内國ノ裁判所ハ右ノ手續ヲ專ニ管轄ス

「グープハルト」案及ヒ修正案ハ失踪ノ宣告ニ付キ本國法主義ヲ一貫セシハ想フ

「ニ人格ノ消滅ニ付キ異別ノ見解ヲ防カンカ爲メニ外ナラサルヘシ

「モンラビテオ」條約第十條ハ財産所在地法主義ヲ採リタレトモ其所在地タルヤ

國ノ内外ヲ問ハサルカ故ニ日本及ヒ獨逸ノ例ト趣ヲ異ニス其條文左ノ如シ
失踪宣告ノ法律上ノ效力ハ失踪者ノ財産ニ付テハ此法律關係ヲ管轄スル法
律ノ管轄ヲ將來ニ於テモ受クルモノトス
外國ニ於テ失踪ノ宣告ヲ爲シタル場合ニ我國ニ於テ之ヲ認ムヘキヤ否ヤ蓋シ
權利能力ノ發生問題ヲ法律關係ノ準據法ニ依リテ決定スルコト果シテ我法例
ノ精神ナリトセハ其消滅問題モ亦同一ノ準據法ニ依リテ決セサルヘカラス

第二節 行爲能力

行爲能力ニ關スル國際私法上ノ學說ハ少カラサレトモ就中最モ勢力アルモノ
ハ住所法說及ヒ本國法說ナリトス實例ニ於テモ亦此二主義カ最モ廣ク行ハル
ル所ナリ唯伊太利學者カ本國法說ヲ唱ヘシ以來實例モ亦漸ク此說ニ傾カント
セリ我法例第三條ノ如キモ本國法主義ヲ採用セリ同條ニ曰ク人ノ能力ハ其本
國法ニ依リテ之ヲ定ム外國人カ日本ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ於テ其
外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルヘキト雖モ日本ノ法律ニ依レハ能

力者タルヘキトキハ前項ノ規定ニ拘ハラズ之ヲ能力者ト看做ス前項ノ規定ハ親族法
又ハ相續法ノ規定ニ依ルヘキ法律行爲及ヒ外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行
爲ニ付テハ之ヲ適用セス下舊法例第三條ニ曰ク人ノ身分及ヒ能力ハ其本國法
ニ從フ親屬ノ關係及ヒ其關係ヨリ生スル權利義務ニ付テモ亦同シト今日能力
ニ關スル規定殊ニ成年ニ關スル規定ハ各國ノ間ニ非常ノ差異アリ少キハ十五
歳ヲ以テ成年ト定メ多キハ二十五歳ヲ以テ成年ト定メタリ今參考ノ爲メニ各
國ニ於ケル成年ヲ示スヘシ

滿十五歲 波斯

滿十六歲 土耳其

滿二十歲 日本民法第三條瑞西千八百八十一年六月二十二日聯邦法第一條

第二項

滿二十一歲 獨逸民法第二條佛蘭西白耳義ルクセンブルヒ「モナコ」民法第

四八八條希臘千八百三十六年十月十五日法律英吉利及ヒ其殖民地伊太利

(民法第二四〇條葡萄牙民法第九七條露西亞普通法典第一六〇條波蘭民法

第三四五條(バルチック)法典第二六九條瑞典千七百三十六年一月二十三日

法律第一九條北米合衆國ブラジル(民法第八條)「コロンビヤ」(コスタリカ)民

法第二二條「エカードル」(民法第二一條)「ガタマラ」(民法第二八條)「ハイチ」民

法第三九八條墨西哥民法第六九四條秘露(民法第一二條)「ウルガイ」(民法第

二五七條)「ヴェネチユラ」(民法第二七四條)

滿二十二歲 (アルジャンチン)民法第一二六條

滿二十三歲 和蘭(民法第一二六條)

滿二十四歲 奧太利民法第二一條(匈牙利千八百七十七年法律第一條)「扶諾

威

滿二十五歲 西班牙「ボリヒヤ」(民法第一九二條)智利民法第二六條「サンサル

グアートル」(民法二七〇條)

左ニ能力ニ關スル學說ヲ紹介スヘシ

第一 住所法主義

此主義ヲ唱フル者ハ曰ク住所ハ人カ生計ヲ營ム所ノ中樞タリ而シテ人生百般

ノ私法的法律關係ハ皆生計ノ爲メニ發生セサルハナシ他ノ語ヲ以テ之ヲ言ヘ
ハ私法的法律關係ハ生計地タル住所ヲ中心トシテ廻ルモノナリ即チ人ノ能力
問題ヲ決定スル根據法モ住所法以外ニ求ムヘカラサルナリ本國法ヲ以テ能力
問題ヲ決定スル根據法ト爲サントスル說ノ如キハ全ク此道理ヲ解セサルモノ
ナリ且ツ一國內ニ數多ノ法律カ併ヒ行ハルル場合ニ於テ何レノ法律モ皆本國
法ナルカ故ニ本國法說ヲ唱フル者ハ區區ノ法律中果シテ何レヲ適用セント欲
スルヤ(是レ本國法主義ニ對スル有力ナル駁撃ニシテ假ニ之ヲ第一駁撃トス)又
人ノ本國ヲ知ルハ頗ル困難ナリトス殊ニ近世各國カ移住ノ自由ヲ認メシ以來
外國ニ住所ヲ有スル者尠カラス此時ニ方リ米國ニ住スル者ハ唯リ米國人ノミ
ナラス英國ニ住スル者モ亦英國人ニ限ラサルナリ左レハ吾人カ外國人ト取引
スルニ方リ一其本國ヲ聞キ其國法ヲ調査スル如キハ到底爲シ得ヘキ事ニ非
ス又己ノ本國ヲ全ク知ラサル者尠カラス此等ノ場合ニ本國法主義ヲ實行セン
ト欲スルモ得ヘカラサルナリ(假ニ第二駁撃トス假ニ一步ヲ譲リ國籍ハ能力問
題ト密著ノ關係アリトスルモ此理由ハ歸化ノ場合ニハ頗ル薄弱ナリ何トナレ

ハ歸化國ハ血統上ノ本國ニ非ス又生地ニモ非スシテ人爲ノ本國ナレハナリ(假ニ第三嚴撃トスト「フエリークス」ノ如キハ住所法モ本國法モ畢竟同一ニシテ二者ヲ區別スル必要ナシト論シタレトモ全ク誤謬ニ屬シ本國以外ニ住所ヲ有スルハ今日吾人ノ屢々實見スル所ナリ
今日住所法主義ヲ採用スル例ハ露領リウエスト、グールラント民法アルジャン、チン民法モンタビタオ、條約英米判決例等はナリ而シテ學說ニ至リテハ從來獨逸ニ於テ一般ニ唱ヘラレタル所ナレトモ今日ニ於テハ本國法主義ヲ唱フル者多キヲ加フルニ至レリ瑞西ニ於テハ今日尙ホ住所法主義ヲ唱フル者多シ英米ノ學者ハ概テ皆住所法主義ヲ唱ヘリ佛蘭西ニ於テハ「ドマンシャ」ヲ除ク外今日ニ於テハ住所法主義ヲ唱フル者ナシ

住所法主義ヲ唱フル學者中ニモ內國ノ取引ヲ保護セントノ思想ヨリ折衷說ヲ唱フル者往往ニシテ之アリ此說ニ依レハ內國ノ法律上能力ヲ有スル者ハ縱令住所法ニ依リ無能力者ナルトキト雖モ猶ホ能力者ト看做スヘト謂フモノニシタ「フィールド」氏ノ如キハ此說ノ代表者トシテ一般ニ看做サレタルモノナリ

又法典トシテハ普漏西普通法典ノ採用スル所ナリ

第二 本國法主義

本國法主義ヲ唱フル者ハ曰ク能力ニ關スル規定殊ニ成年ニ關スル規定ハ氣候風土社會ノ狀態等ヲ標準トシテ設ケタルモノニシテ氣候温暖ナル國ノ人民ハ寒冷ナル國ノ人民ニ比シ成熟時期ノ迅速ナルコトハ洵ニ明白ナル事實ナルカ故ニ夙ニ之ヲ成年者ト看做スモ妨ナシ之ニ反シテ氣候寒冷ナル國ノ人民ハ成熟ノ時期遅キカ故ニ晩年マテ之ヲ未成年者トシテ保護スル必要ナルヘシ而シテ此必要ハ到ル處ニ於テ之ヲ認メサルヘカラス然ラサレハ成年者ハ一步國境ノ外ニ出テタルカ爲メ忽チ未成年者ト爲リ又未成年者ハ忽チ成年者ト爲ル奇怪ナル結果ヲ生スヘシ又各國ニ於ケル社會ノ狀態モ成年ノ規定ニ大關係アルモノニシテ就中文化ノ程度ハ成年ノ規定ニ著シキ影響ヲ及ボスヘシ是レ本國ニ行ハルル法律ヲ以テ行爲能力ヲ定ムル標準ト爲ス所以ナリト而シテ此主義ヲ唱フル者ハ住所法主義ヲ唱フル者ノ第一嚴撃ニ答ヘテ曰ク一國內ニ數多ノ法律カ併ヒ行ハルル場合ニ於テハ住所ノ法律ヲ適用スヘシ蓋シ住所モ亦本國

ルハ内國ニ於テ之ヲ認許スル範圍ナリトス故ニ能力問題ヲ住所法ニ依リテ決スルトキハ危險尠カラス

第二 本國法主義 本國法主義ハ予輩ノ贊成スル所ナリ然レトモ此主義ノ學者ハ一國內ニ數箇ノ法律カ併ヒ行ハルル場合ニ於テ單ニ住所ノ法律ヲ適用スヘシト曰フモ一國ノ臣民ハ必スシモ其本國ニ住所ヲ有スルモノニ非ス此場合ニ何レノ法律ヲ適用スヘキヤニ付テハ本國法主義ヲ唱フル學者ノ説明セサル所ナリ予ハ此場合ニ取得ノ原因タル事實ノ發生地ニ依リテ適用スヘキ法律ヲ定メント欲ス又本國法主義ノ學者ハ歸化ニ關スル駁撃ニ付キ何等ノ答辯ヲ與ヘサレトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ歸化ハ内國ニ歸化シタル實アルカ爲メニ外國人ニ許スモノナルカ故ニ歸化人ハ内國人ト異ナル所アルヲ見ス隨テ歸化人ニ歸化國ノ法律ヲ適用スルハ不當ニ非サルコトヲ信ス

第三 行爲地法主義 此主義ノ弱點ヲ舉クレハ法律行爲ヲ爲ス地ハ多クハ偶然ノ地ナルカ故ニ行爲能力ノ標準法ハ偶然ノ標準タル點ニ在リ蓋シ行爲能力ハ永久的ノ標準ニ依リテ定ムヘキコトハ其性質ヨリ生スル結果ナルニ拘ラス

ニ於テ之ヲ採用セシト北米合衆國ノ一部分トニ於テ之ヲ採用セシ例アルノミ以下右三主義ヲ批評スヘシ

第一 住所法主義 住所法主義ニハ左ノ弱點アリ

(一) 無住所ノ場合ニハ此主義ヲ適用スル能ハサルコト

(二) 數多ノ住所即チ複住所ノ場合ニ之ヲ適用スル能ハス學者往往複住所ハ各國ノ民法ニ於テ之ヲ認メスト曰フト雖モ是レ單ニ解釋論ニ過キスシテ複住所ヲ否定セタル規定ハ各國民法ニ於テ發見セサル所ナリトス

(三) 此主義ヲ採ルトキハ當事者ハ隨意ニ能力ヲ處分スル結果ヲ生スヘシ蓋シ住所ハ單獨行爲ニ依リテ之ヲ變更スルコトヲ得ルカ故ニ今日甲地ニ住所ヲ有スル者明日乙地ニ住所ヲ移スコトヲ妨ケス然ルニ國籍ノ變更ニ至リテハ住所ノ變更ニ比シ其手續困難ニシテ國家ノ許可ヲ要スルヲ例トス隨テ能力問題ノ標準法トシテ 住所法主義ニハ左ノ弱點アリ

(四) 國家ハ外國人ノ住所ヲ廢止スルコトヲ得ヘシ即チ外國人ヲ國外ニ放逐スルコトヲ得ルハ現行國際法ノ認ムル所ニシテ外國人カ内國ニ於テ住所ヲ有ス

一部分ナレハナリ而シテ第二級擊ニ答ヘテ曰ク國際無籍人ノ今日存スルコトハ疑ナキ事實ナリト雖モ無住所者モ亦之アルカ故ニ此點ニ於テハ本國法主義モ將タ住所法主義モ同様ノ缺點ヲ有ス唯國際無籍人ハ一般ニ非認セララルノミナラス各國ノ實例モ亦之ヲ豫防スル方針ヲ採ルカ故ニ此點ヨリ觀ルトキハ本國法主義ヲ優レリトス又國籍ノ衝突ハ之アリト雖モ複住所モ亦之アルニ非スヤ殊ニ獨逸民法ノ如キハ法律ヲ以テ之ヲ認メタリ然ルニ國籍ノ衝突ハ今日ノ實例上之ヲ豫防スルノ方針漸ク發達シタルカ故ニ此點ヨリ觀ルモ本國法主義ヲ優レリトスト

第三 行爲地法主義

行爲地法主義ヲ唱フル者ハ曰ク吾人カ取引ヲ爲スニ際リ一他人ノ住所又ハ國籍ヲ知ルコトハ容易ノ業ニ非ス而シテ法律行爲ヲ爲ス地ノ法律ハ當事者之ヲ知レリト推定スルコトヲ得ルカ故ニ法律行爲ヲ爲セタル地ノ法律ニ依リテ能力ノ問題ヲ決定スルトキハ取引上最モ安全ナルヘシト此說ハ「ストリー」ウニストレーキ等ノ唱フル所ナレトモ今日ニ於テハ勢力ナシ唯ゾルジャ民法

旅行中ニ法律行爲ヲ爲シ殊ニ航海中又ハ汽車中ニ於テ法律行爲ヲ爲セタル場合ニ船舶國籍ノ屬スル國又ハ通過國ノ法律ニ依リ行爲能力ヲ定ムルカ故ニ國際私法上根據アルモノト謂フヘカラス

本國法主義ヲ唱フル學者中ニモ或程度マテ行爲地法主義ヲ採用セル者アリ就中佛國ノ學者中近來此說ヲ唱フル者漸ク其數ヲ増加スルニ至レリ即チ內國ノ法律ニ依リテ能力アル者ハ縱令本國法ニ依リ無能力ナルモ猶ホ之ヲ能力者ト看做スヘシト曰フ者是ナリ蓋シ內國ニ於テ取引スル者ハ外國人カ本國法ニ依リ無能力ナル事實ヲ知ルコト頗ル困難ナルカ故ニ多數者ノ利益ヲ保護スル爲メニ純然タル本國法主義ニ制限ヲ加ヘタルモノナリ

舊法例ニ於テハ身分及ヒ能力ヲ同一ノ準據法ニ依ラシメタレトモ新法例第三條ニ於テハ身分ナル文字ヲ削除セリ蓋シ身分トハ人カ社會上若クハ親族間ニ有スル地位ヲ指稱シタルモノニシテ社會上ニ於テ有スル地位例ヘハ貴族又ハ僧侶タル身分ハ往時國際私法上ノ問題ヲ惹起シタルコト屢々アリシト雖モ今日ニ於テハ僅少ノ場合ニ國際私法上ノ問題ト爲ルニ過キサレトコトハ已ニ説明セ

シ所ナリ而シテ親族間ニ於ケル身分ハ我法例ニ於テハ特別ノ條項ヲ設ケテ之ヲ規定シタルカ故ニ第三條ニ於テ身分ナル文字ヲ削除セシモノナラン
第三條ハ妻ノ能力問題ヲモ管轄スルヤ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ法例第十四條ニ婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ルタルカ故ニ同條ノ規定ニ屬スヘキモノト信ス蓋シ妻ノ能力問題ハ所謂特別ノ能力問題ナルノミナラス妻ノ無能力ハ婚姻ノ結果ナレハナリ又立法上ヨリ之ヲ言フモ夫婦カ國籍ヲ異ニシタル場合ニ妻ノ本國法ニ依リテ其能力ヲ定ムルニ於テハ婚姻ノ目的ヲ阻礙スルモノト謂ハサルヘカラス果シテ然ラハ妻ノ能力問題ハ第三條ニ依リテ決スルコト能ハサルモノト信ス而シテ法例第三條ハ年齡ニ基因スル能力問題ノミナラス我法例中特別ノ規定ナキ以上ハ總テ第三條ニ依リテ管轄セラルヘキモノナリトス
外國人カ日本ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニ法例第三條ハ本國法適用ノ例外ヲ認メタリ即チ其外國人カ本國法ニ依レハ無能力者タルヘキトキト雖モ日本ノ法律ニ依リ能力者タルヘキトキハ之ヲ能力者ト看做スコト是ナリ是レ所謂本國法主義ニ對スル折衷主義ニシテ內國ノ取引ヲ保護セントスル目的ニ外

ナラス蓋シ我國ニ於ケル多數ノ者ハ外國人ト取引ヲ爲スニ方リ其本國法ヲ知ルコト頗ル困難ナレハナリ然ルニ此規定ハ立法上ヨリ觀ルトキハ必スシモ完全ナリト謂フヘカラス何トナレハ外國ニ於テ法律行爲ヲ爲シタル場合ニハ其外國人ノ能力ハ本國法ニ依リ定マルモノナルカ故ニ取引地タル外國ノ多數者ノ利益ヲ保護セサル結果ヲ生スレハナリ即チ法律行爲ヲ爲シタル地カ外國ナルトキハ少數者ノ爲メニ多數者ノ利益ヲ犧牲ニ供スルモ若シ我國ニ於テ法律行爲ヲ爲セタルトキハ多數者ノ利益ヲ保護スル必要アリト謂フモノニシテ論理ヲ一貫スルモノニ非ス歐洲大陸ニ於テ折衷主義ヲ唱フル者ハ絕對ニ行爲地法主義ヲ折衷シ即チ行爲地法ノ內國法ナルト外國法ナルトニ依リテ其結果ヲ異ニセサルモノトス其他第三條第二項ハ第四條ノ規定ト權衡ヲ失スル嫌アリ蓋シ第四條ニ依レハ禁治產宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ル而シテ此宣告地ハ必スシモ外國人ノ本國タルコトヲ要セサルカ故ニ英國人カ獨逸ニ於テ禁治產ノ宣告ヲ受ケタルトキハ我國ニ於テハ獨逸法律ニ依リテ其效力ヲ定メサルヘカラス隨テ禁治產者ノ無能力ノ範圍ハ獨逸ノ法律ニ依リテ定マ

ルモノトス今此英國人カ我國ニ於テ法律行爲ヲ爲シタルトキハ縱令我法律上能力者タルヘキトモ雖モ之ヲ能力者ト看做スコト能ハス年齡ニ基因スル無能力ノ場合ニハ多數者ノ利益ヲ保護スル必要アレトモ禁治產ノ結果タル無能力ノ場合ニハ之ヲ保護スル必要ナシトハ予輩ノ解スル能ハサル所ナリ加之第三條第二項ハ外國法ヲ知ルノ困難ナル事實ヲ前提トスルモノナレトモ實際紀綱ニ屬スルコトハ歐洲ニ於ケル實際ニ徴シテ明カナル所ナリ

外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ニ付テハ本國法ニ依リテ行爲能力ヲ定ムルコトハ我法例第三條末項ノ規定スル所ナリ之ヲ説明スル者ハ曰ク本國法ニ依リテ行爲能力ヲ定メサルトキハ法律行爲ヲ執行スルコト能ハス蓋シ法律行爲ノ執行ニ付テハ公力ヲ藉ルノ必要アレハナリト是レ不動産所在地法カ同時ニ當事者ノ本國法タル場合ヲ想像シタルモノナレトモ今日各國ノ制度ヲ見ルニ不動産ノ所有者ハ必スシモ不動産所在地ノ臣民ニ限ラサルカ故ニ米國人カ英國ニ在ル不動産ヲ我國ニ於テ賣渡ス場合アルヘシ此場合ニ我法例第三條ニ依レハ右不動産ヲ米國人カ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ米國ノ法律ニ

依リテ之ヲ定ムルモノナルカ故ニ若シ不動産所在地タル英國ノ法律ニ依リ右米國人カ無能力者ナル場合ニハ之ヲ執行スルコト能ハサルニ至ルヘシ故ニ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ外國ニ在ル不動産ニ關スル法律行爲ニ付テハ不動産所在地法ニ依リテ行爲能力ヲ定ムルヲ正當ナリト信ス此說ハ予ノ創見ニアラスセテ歐洲大陸ノ學者中之ヲ主唱スル者尠カラス英米ニ於テハ此學說ヲ實行セリ

外國人カ本國法ヲ惡意ヲ以テ告ケサル場合ニ於テモ尙ホ第三條第二項ノ規定ヲ適用スルコトヲ得ルヤ此問題ニ付キ說ヲ爲ス者アリ曰ク惡意ノ證明ハ頗ル困難ナルカ故ニ縱令外國人カ惡意ヲ以テ本國法ヲ告ケサルモ尙ホ我法律ニ照シテ能力者タルトキハ之ヲ能力者ト看做スヘシト此說ハ我國ニ於テ贊成スル者尠カラス

以下行爲能力ノ制限ニ付キ一言スヘシ

第一 民事上ノ禁治產

六問題ハ之ヲ二分チテ説明スヘシ即チ甲外國人ニ對シテ民事上ノ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ否ヤ乙外國人ニ於テ外國人ニ對シ宣告シタル禁治產ハ內

國ニ於テ之ヲ認ムヘキヤ否ヤ是ナリ
(甲) 外國人ニ對シ民事上ノ禁治產ヲ爲スコトヲ得ルヤ否ヤ
數ノ學說ニ依レハ內國裁判所ハ外國人ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得サルモノトス之ニ反シ英國ニ於テハ外國人ノ本國法如何ニ拘ラス英國法ニ依リ外國人ニ對シ治產ヲ禁スルコトアリ獨逸ニ於テハ其民法施行法第八條ニ規定シテ曰ク「外國人カ內國ニ於テ住所ヲ有スルトキ若シ住所ヲ有セサル場合ニハ居所ヲ有スルトキハ其外國人ハ內國ニ於テ獨逸法律ニ依リ治產ヲ禁セラシムルコトヲ得」我法例第四條モ亦外國人ニ對シ民事上ノ禁治產ヲ宣告スルコトヲ得ル旨ヲ規定セリ同條ニ曰ク「禁治產ノ原因ハ禁治產者ノ本國法ニ依リ其宣告ノ效力ハ宣告ヲ爲シタル國ノ法律ニ依ル日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ニ付キ其本國法ニ依リ禁治產ノ原因アルトキハ裁判所ハ其者ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得但日本ノ法律カ其原因ヲ認メサルトキハ此限ニ在ラス」ト

右第四條第二項ニ依レハ日本ノ裁判所ハ左ノ要件アルトキニ限り外國人ニ對

シテ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトス

(一) 外國人カ日本ニ於テ住所又ハ居所ヲ有スルコト 外國人ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲スハ內國ノ公益上ヨリ打算シタルモノナルカ故ニ日本ニ住所又ハ居所ヲ有セサル外國人ノ如キハ我國ニ密著ノ關係ナク隨テ之ニ對シテ禁治

產ノ宣告ヲ爲ス必要ナキモノトス

(二) 日本ノ法律及ヒ外國ノ法律カ共ニ認メタル禁治產ノ原因アルコト 外國人ノ本國法カ認メタル禁治產ノ原因アルモ我法律カ之ヲ認メサル場合ニ我

裁判所ニ於テ禁治產ノ宣告ヲ爲スハ所謂國際公安ニ抵觸スルモノト謂フヘシ蓋シ法例第三十條ニ於テ制限條款ノ設ケアレトモ該條ハ一般ニ外國法適用ノ範圍ヲ定メタルニ過キスシテ公ノ秩序又ハ善良ノ風俗ニ反スルト否トハ之ヲ裁判官ノ解釋權ニ委任シタリ隨テ第四條ニ於テ特別ノ制限條款ヲ設ケサルトキハ裁判官ハ其解釋權ヲ以テ我法律ノ認メサル原因ニ依リ外國人ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲スコトヲ妨クル能ハス故ニ立法者ハ特別ノ制限條款ヲ設ケテ裁判官ノ解釋權ヲ羈束セリ或ハ第四條第二項但書ハ第三十條ト

重複スルモノニアラスト曰フ者アレトモ右ノ但書ニ拘ラス單ニ外國法ノミ
ニ依リテ外國人ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲スモ我公安ヲ侵害セストノ說ヲ貫
クニアラサレハ予輩未タ右ノ說ニ服スル能ハサルナリ予輩ハ日本法律ノ規
定ニ拘ラス外國法ヲ適用スルトキハ必ス我國ノ公安ヲ侵害スルコトヲ信ス
ル者ナリ

(乙) 外國ニ於テ外國人ニ對シテ宣告シタル禁治產ハ內國ニ於テ之ヲ認ムヘキ
ヤ否ヤ 既ニ示シタルカ如ク我法例第四條第一項ニ於テハ禁治產ノ原因ニ關
スル準據法ト宣告ノ效力ニ關スル準據法トヲ區別シ前者ハ禁治產者ノ本國法
タルコトヲ要シ後者ハ宣告地ノ法律タルコトヲ要セリ隨テ外國人カ其本國ニ
於テ禁治產ノ宣告ヲ受ケタル場合ニ我國ニ於テ其宣告ヲ認ムルノミナラス第
三國ニ於テ外國人ニ對シ禁治產ノ宣告ヲ爲シタル場合ニモ我國ニ於テ其宣告
ヲ認ムルコトト爲レリ其結果タルヤ日本人カ外國ニ於テ禁治產ノ宣告ヲ受ケ
タル場合ニモ宣告ノ效力ハ外國法ニ依リ定マル隨テ我法律ノ認ムル範圍ヲ超
エテ日本人カ無能力者ト爲ル場合亦之アルヘシ

右ハ我法例ノ規定ナレトモ一般ノ學說ハ外國人ノ本國ニ於テ爲シタル禁治產
ノ宣告ヲ認ムレトモ第三國ニ於テ爲シタル禁治產ノ宣告ヲ否認セリ又或說ニ
依レハ一般ニ外國ノ禁治產ヲ認ムヘカラストセリ其理由トスル所ハ外國判決
カ正當ナルヤ否ヤハ不明ナルカ故ニ直チニ外國ノ判決ヲ認ムルハ公益ニ反ス
ト云フニ在リ英米ノ實例即チ是ナリ

第二 民事上ノ準禁治產

法例第五條ニ曰ク前條ノ規定ハ準禁治產ニ之ヲ準用ス準禁治產ハ民事上ノ
禁治產ト頗ル相類スルカ故ニ我法例ハ同一ノ準據法ニ依ラシメタリ外國ノ學
說及ロ實例モ亦多クハ同一ナリ隨テ我法例ニ依レハ準禁治產宣告ノ效力ハ宣
告ヲ爲シタル地ノ法律ニ依リテ定マルモノトス而シテ我國ニ於ケル外國人ニ
對シテ準禁治產ノ宣告ヲ爲ス場合ハ其本國法ト我國ノ法律トニ依リテ其原因
ヲ認ムルコトヲ要ス故ニ英國人ノ如ク其本國法カ浪費ニ因ル準禁治產ヲ認
ムル人民ニ對シテハ我國ニ於テ準禁治產ノ宣告ヲ爲スコト能ハサルナリ

第三 刑事上ノ禁治產

刑事上ノ禁治産ニ付テハ二箇ノ問題ニ區別スルコトヲ要ス第一ハ外國人ニ對シ刑事上ノ禁治産ヲ宣告スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニシテ第二ハ外國ニ於テ爲レタル刑事上ノ禁治産ノ宣告ハ內國ニ於テ之ヲ認ムヘキヤ否ヤノ問題ニナリ

第一ノ問題ニ付テハ刑事上ノ禁治産ヲ認ムル國ノ實例竝ニ學說ハ何レモ之ヲ肯定シ外國人ニ對シ右ノ宣告ヲ爲スコトヲ得ルモノトセリ蓋シ刑法ハ外國人ヲモ管轄スルヲ以テナリ然レトモ此問題ハ元來刑法ニ屬スルモノナルカ故ニ茲ニ之ヲ詳論セス

第二ノ問題ニ付テハ歐洲ニ於ケル學說竝ニ實例ハ何レモ之ヲ否定セリ蓋シ刑事上ノ禁治産タルヤ主刑ノ足ラサル所ヲ補フモノナルカ故ニ其效力區域モ亦主刑ト同一ナラサルヘカラス而シテ主刑カ國外ニ於テ其效力ヲ有セサルハ是レ亦多數ノ學說ノ認ムル所ニシテ夫ノ宇宙主義ヲ唱フル學說ノ如キハ主權ノ區域ヲ滅却スルモノナリトシテ今日一般ニ排斥スル所ナリトス故ニ外國ニ於テ宣告セラレタル刑事上ノ禁治産ハ一般ノ無能力ノ場合ト其趣ヲ異ニシ內國

ニ於テ之ヲ認ムヘキモノニアラスト爲ス所以ナリ我法例ニ於テ之ニ關シ規定ヲ設ケサルハ蓋シ當然ノ事理ニ屬スルモノナリト認メタルモノナランカ

第二章 債權

第一節 法律行爲ニ因ル債權

法律行爲ニ因ル債權ノ準據法ニ付テハ左ノ學說アリ

第一 訴訟地法說

此說ニ依レハ法律行爲ニ因ル債權ノ準據法ハ訴訟地法ナリトス其理由ニ曰ク裁判官ハ內國ノ法律ヲ適用スル職責アルモ外國ノ法律ヲ適用スル職責ナシ若シ然ラストセハ外國ノ法律ハ內國ニ於テ其效力ヲ有スル事實ヲ證明セサルヘカラス蓋シ主權ハ國境ヲ超エサル法理ヲ認ムル以上ハ外國法カ內國ニ於テ行ハレサルコトモ亦認メサルヘカラス又實際上ヨリ言フモ裁判官ハ外國ノ法律ヲ知ルコト頗ル困難ナルカ故ニ訴訟地以外ノ法律ヲ適用スヘシト爲スハ是レ裁判官ニ不能ノ事ヲ強フルモノナリ云云ト

第二 債務者ノ本國又ハ住所法ヲ適用スヘシトノ說

此說ハ獨逸ノ學者間ニ往往行ハルル所ニシテ其本國法說ヲ唱フル者ハ曰ク債權ニ關スル規定ハ債務者ノ利益ヲ保護スルヲ主眼トセサルハナシ隨テ債務者ノ本國ニ行ハルル法律ヲ適用スヘシト其住所法說ヲ唱フル者ハ債務者ノ住所ニ行ハルル法律ノミ唯リ債權問題ノ準據法タルヘシト曰ヘリ其理由トスル所ハ等シク債權ニ關スル規定ヲ以テ債務者ノ利益ヲ保護スル目的ニ出ワルカ故ナリト云フニ在リ

第三 履行地法說

此說ハ「サビニー」氏ノ始メテ唱道シタル所ナリ今同氏ノ論旨ヲ摘載スレハ下ノ如シ曰ク債權ノ成立スルハ之ヲ履行スルカ爲メニシテ債務ノ履行ハ債權成立ノ大目的ナリ故ニ債務ノ履行地ハ債務ノ問題ニ最モ密著ノ關係ヲ有スルモノニシテ當事者ハ契約ヲ爲スニ際シ必ズ履行地ノ法律ニ著目シタルナルヘシ隨テ其地ノ法律ヲ適用スルハ當事者ノ意思ニ從フ所以ナリ但シ當事者ニシテ特別ノ意思ヲ表示セタルトキハ債務ノ性質ヨリ打算スルモ固ヨリ之ニ從ハルル

ヘカラスト

第四 行為地法說

此說ノ要旨ニ曰ク債權問題ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒテ準據法ヲ定ムヘキハ債權ノ性質ヨリ生スル結果ナリトス然ルニ當事者カ準據法ヲ定メサルトキハ法律行為ヲ爲シタル地ノ法律ヲ準據法ト爲ス意思ナリト推定スヘシト我新舊法例共ニ此說ヲ採用シタルモノニシテ新法例第七條ニ曰ク「法律行為ノ成立及ヒ效力ニ付テハ當事者ノ意思ニ從ヒ其何レノ國ノ法律ニ依ルヘキカラ定ム」當事者ノ意思カ分明ナラサルトキハ行為地法ニ依ルト舊法例ニ於テハ單ニ契約ノ問題ノミヲ定メタルモ新法例カ廣ク法律行為ノ成立及ヒ效力ノ準據法ヲ定メタルハ立法上一步ヲ進メタルモノト謂フヘシ

茲ニ一問題アリ當事者ノ國籍カ全ク同一ナル場合ニ於テ當事者カ準據法ヲ明示セサルトキハ其本國法ヲ適用スヘキ意思ナリト推定スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題はナリ舊法例ニ於テハ其本國法ヲ適用スヘキモノト定メ外國ノ立法例及ヒ學說モ亦之ヲ認ムルモノ頗ル多シ然ルニ行為地法說ノ結果トシテ當事者

ノ國籍ノ異同ハ準據法ノ確定ニ何等ノ影響ヲ及ホササルモノトス蓋シ準據法ノ明示ナキトキハ常ニ行為地法ヲ以テ準據法ト爲セハナリ我法例第七條モ亦此ノ如ク解釋スルコトヲ得ヘシ

條件ニ付テモ亦右ノ準據法ニ依リテ管轄セラルルモノトス蓋シ條件ハ法律行為ノ成立若クハ效力ヲ停止又ハ解除スルモノナレハナリ然レトモ條件ト認メラレタル事件ノ發生ハ當事者ノ豫想シタル國法ノ管轄ニ歸スヘキハ勿論ナリトス例ヘハ一定ノ國ニ當事者又ハ第三者カ歸化スルコトヲ以テ條件ト定メタル場合ニ於テ果シテ歸化カ成立セシヤ否ヤハ歸化國ノ法律ニ依リテ定マルヘキヤ勿論ナリトス

次ニ準契約ニ因ル債權ニ付キ説明スヘシ

此種ノ債權ニ付テハ契約ニ依ル債權ト同一ノ準據法ニ依ルヘシト曰フ者アリ或ハ絕對ニ準契約ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルヘシト曰フ者アリ蓋シ當事者ノ意思推定ヲ理由トシテ準契約ノ性質ヲ説明スルハ羅馬法ヲ祖述スル學者ノ唱フル所ナレトモ準契約ハ社會上必要ナル行為ノ責任ヲ全カラシムルカ爲メニ

生シタル制度ニシテ準契約ノ名稱スラ今日漸ク法律界ヨリ驅逐セラレントセリ隨テ契約ト同一ノ法理ヲ以テ之ヲ擬スルコトヲ得サルモノト信ス學說及ヒ立法例ノ趨勢ヲ見ルニ準契約成立地ノ法律ヲ以テ準據法ト爲スニ傾ケリ我法例ノ規定亦然リ第十一條第一項ニ曰ク事務管理不當利得又ハ不法行為ニ因リテ生スル債權ノ成立及ヒ效力ハ其原因タル事實ノ發生シタル地ノ法律ニ依ル故ニ例ヘハ不當利得ニ付テ一言センニ獨逸ニ於テ債權者カ辨濟期ニ至ラサル債務ヲ錯誤ニ因リテ履行シタル場合ニ債務者ハ債權者ニ向ヒテ返還ヲ請求スルコト能ハス今債務者カ我國ニ於テ不當利得ヲ理由トシテ訴ヲ起スモ裁判所ハ我民法ニ依リ債權者ニ對シ利益ノ返還ヲ命スルコト能ハス

第二節 不法行為ニ因ル債權

不法行為ニ因ル債權ノ準據法ニ付テハ左ノ學說アリ

第一 訴訟地法說

此說ニ依レハ不法行為ハ公安ニ關スルカ故ニ訴訟地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ

決定スヘシト云フニ在リ然ルニ此說ニハ左ノ弱點アリ訴訟地法ニ依リ不法行為ト看做サレタル行為カ行為地法ニ依リ法律行為ナル場合ニ於テモ行為者ハ訴訟地法ニ依リ其責ニ任セサルヲ得ス又訴訟地カ數多ノ國ニ屬スル場合ニ原告ハ自己ニ利益アル地ヲ選ミテ訴訟ヲ提起スル處アリ故ニ同一ノ行為ニシテ偶然ノ事實ニ依リ被告ノ責任ヲ異ニスルニ至ル又不法行為ニ因ル債權ノ運命ハ不法行為ヲ爲シタル時ニ定マラサルヘカラス然ルニ此學說ニ依レハ不法行為後ニ生スル訴訟ニ依リテ其運命ヲ左右スル虞アリ又被告ハ其裁判籍ヲ變更セテ己ニ利益アル訴訟地ニ於テ訴ノ提起ヲ待ツ虞アリ是レ被告ヲシテ隨意ニ其責任ヲ定メシムルモノト謂フヘシ此ノ如ク弱點アルカ故ニ此說ハ今日勢力ナシ

第二 行為地法說

此說ニ依レハ不法行為ニ基因スル債權問題ハ總テ不法行為ヲ爲シタル地ノ法律ニ依リテ管轄スヘシト謂フモノニシテ歐洲大陸ニ最モ廣ク行ハレ實際上之ヲ採用スル國亦多キニ居ル然ルニ此說ノ理由ニ至リテハ區區ニシテ一定セス

或ハ不法行為ハ公安ニ關係スルモノナルカ故ニ行為地法ヲ適用スヘシト曰フ者アリ然レトモ外國ノ公安ニ關係スル規定ヲ何カ故ニ內國ニ於テ適用スルノ必要アルカノ問題ハ未タ此說ニ依リテ決定セラレサルモノトス或ハ不法行為者ハ不法行為ヲ爲スニ方リ行為地ノ法律ヲ標準トシテ不法行為ヲ爲スモノニシテ任意ニ行為地ノ法律ニ服從シタリト推定スルコトヲ得ヘシト曰フ者アレトモ是レ亦行為地法說ノ理由トスルニ足ラス何トナレハ不法行為者カ行為地以外ノ法律ヲ以テ準據法ナリトノ意思ヲ表示スルモ有效ナラサレハナリ

英米ニ於テハ行為地法說ト訴訟地法說ノ二ヲ併用セリ我法例ノ規定亦然リ即チ其第十一條第二項ニ曰ク「前項ノ規定ハ不法行為ニ付テハ外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依レハ不法ナラサルトキハ之ヲ適用セス」又同第三項ニ曰ク「外國ニ於テ發生シタル事實カ日本ノ法律ニ依リテ不法ナルトキト雖モ被害者ハ日本ノ法律カ認メタル損害賠償其他ノ處分ニアラサレハ之ヲ請求スルコトヲ得ス」即チ我法例ハ原則トシテ行為地法說ヲ採用シ之ニ訴訟地法說ヲ加味シタルモノニシテ日本ノ法律及ヒ外國ノ法律カ共ニ不法ト認メタル

事實ニアラサレハ不法行為ニ因ル債權ノ準據法ヲ適用セサルコトヲ明カニシ
唯賠償ノ方法ハ日本ノ法律ニ依リテ管轄セラルヘキコトヲ規定セリ
不法行為ヲ爲シタル地ヲ確定スルハ頗ル困難ナリトス不法行為ノ主體ト客體
トカ同一ノ法境ニ存在スル場合ニ於テハ別段困難ナル問題ヲ生セスト雖モ隔
地不法行為ノ場合ニ行爲地ヲ定ムルコト殊ニ困難ナリトス「パール」ノ如キハ犯
罪ト不法行為トハ同一ノ觀念ナリト説明スレトモ予ハ此說ニ服スルコト能ハ
ス蓋シ未遂犯ハ一ノ犯罪ナリト雖モ必スシモ不法行為ト爲ルコトナシ例ヘハ
甲法境ヨリ乙法境ニ在ル人ニ對シ殺意ヲ以テ彈丸ヲ放チタルモ其生命ヲ奪フ
コト能ハサルトキハ謀殺又ハ故殺ノ未遂ナレトモ之ニ依リテ身體ニ毫モ創傷
ヲ與ヘサルトキハ不法行為ト爲ルモノニアラス予ヲ以テ之ヲ觀ルニ不法行為
ノ場合ニハ決シテ未遂ナレト信ス

雇人カ爲シタル不法行為ニ付キ雇主カ責任ヲ有スルヤノ問題竝ニ責任ノ範圍
等ハ何レノ法律ニ依リテ定ムヘキヤハ從來學者間ニ議論アル所ナレトモ雇人
カ不法行為ヲ爲シタル地ニ於テ雇主カ注意ヲ缺キタリト見ルヲ正當トスヘシ

家畜ノ加ヘタル損害ニ付テモ亦家畜カ實際害ヲ與ヘタル地ヲ以テ不法行為地
ト看做スヘキモノナラン米國ノ判決例亦然リ又官吏ノ不法行為ニ付キ國家カ
如何ナル程度ニ於テ責任ヲ有スルヤハ何レノ國法ニ依リテ定ムヘキカ是レ亦
問題ナリ然レトモ官吏カ職務ヲ行フ際ニ不法行為ヲ爲シタル地ノ法律ヲ適用
スルヲ以テ公平ヲ得タルモノナルヘシ

同國人間ノ不法行為ニ付テハ本國法ヲ準據法トスヘシトノ說アレトモ英米及
ヒ我法例等ノ採用セサル所ナリトス

次ニ公海ニ於ケル不法行為ニ付キ一言スヘシ

船舶内ニ於テ不法行為ヲ爲シタルトキハ其船舶ノ屬スル國ニ於テ不法行為ヲ
爲シタルモノト認メラレ隨テ船舶所屬國ノ法律ハ行爲地法トシテ適用セラル
ルモノナレトモ若シ船舶外ニ於テ不法行為ヲ爲シタルトキハ無主ノ地ニ於テ

不法行為ヲ爲シタル場合ト同シク適用スヘキ行爲地法ナシ

不法行為ニ基因スル債權ノ成立效力消滅等ノ問題ハ總テ行爲地法ニ依リテ管
轄セラルルコト歐洲大陸ノ實例竝ニ我法例ノ認ムル所ニシテ不法行為ニ基因

スル債務ノ範圍モ亦同一ノ準據法ニ依ルヘキヤ勿論ナリトス又時効ヲ以テ消滅原因ト認ムルヤ否ヤノ問題竝ニ時効ノ期間ノ如キモ同一ノ法律ニ依リテ管轄セラルルモノトス

賠償ノ方法ハ内國ノ法律ニ依リテ定マルコト一般ニ認メラルル所ニシテ一國ノ公安ニ關スルト實行上ノ便宜トニ因リテ生シタルモノナリトス

法例第十一條第一項ニ所謂其原因タル事實ノ發生シタル地トハ損害ノ生シタル地ヲ指スカ或ハ不法行為ヲ爲シタル地ヲ指稱スルヤニ付テハ議論アリ或ハ曰ク我民法ニ依レハ不法行為ハ必スシモ債權ノ原因ト爲ルモノニアラスシテ不法行為ニ因リテ生シタル損害カ直接ノ原因タリ故ニ不法行為ノ發生シタル地ト損害ノ生シタル地トハ往往同一ナラサルコトアルヘシ隨テ法例第十一條ノ其原因タル事實トハ全ク直接ノ原因タル損害ノ發生地ヲ指スモノナリト然ルニ他ノ說ニ依レハ損害ハ不法行為ノ結果ナルカ故ニ債權ノ原因ト認ムヘキモノハ不法行為ナリト曰ヘリ若シ果シテ法例第十一條ニシテ第二說ノ如ク不法行為ノ發生シタル地ハ即チ行為地ナリト謂フモノトセハ涉外的不法行為ノ

場合ニ行為地ヲ定ムルニ付キ困難ナル問題ニ遭遇スルコトアルヘシ例ヘハ外國ニ於テ不正ノ荷造ヲ爲シタル後此荷物カ到着地ニ於テ不完全ナル荷造ノ爲メニ損害ヲ生シタルトキハ債權ノ原因タル事實ノ發生シタル地ハ到着地ナルカ故ニ此場合ニハ別ニ困難ナル問題ヲ生セスト雖モ他ノ例ニ就テ之ヲ言ハシニ公海ヲ通過スル船舶ノ乗組員ニ對シテ公海中ヨリ名譽毀損ノ行為ヲ爲セタル場合ニ何レノ地カ行為地ナリヤ之ヲ確定スルコト困難ナルヘシ蓋シ到着地ニ於テ荷物カ不完全ナル荷造ニ因リ損害ヲ受ケタル例ハ不完全ナル荷造ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルモ亦到着地ノ法律ニ依ルモ等シク不法行為ナルカ故ニ其間ニ原因結果ノ關係アレトモ之ニ反シテ公海ハ法境ニアラサルカ故ニ此處ニ於テ爲セタル行為ハ法律上何等ノ結果ヲ有スルモノニアラス隨テ此行為ニ因リテ受ケタル名譽ノ損害ハ天災ニ因リテ生シタル損害ト同一ナルヘシ此說ハ實際上頗ル危険ナルカ故ニ涉外的法律行為ノ成立地ニ付テハ立法上特ニ規定ヲ設クルコト必要ナルヘシ然ルニ今日何レノ立法例ヲ見ルモ此點ヲ看過セサルハナシ

共同不法行為ニ基因スル債權問題ノ準據法ヲ定ムルコトモ亦困難ナリトス蓋シ共同不法行為ノ主體カ同一ノ法境ニ在リタル場合ニハ困難ヲ感セスト雖モ若シ共同不法行為ニ基キ債權ノ規定ニ付キ反對ノ規定ヲ設クル國ニ於テ共同不法行為ヲ爲シタル場合ニ於テハ行為地ハ數多ノ法境ニ分ルルカ故ニ何レノ地ノ法律ヲ適用スヘキヤ是レ亦第十一條ニ依リテ決スル能ハサル所ナリトス

第三節 債權讓渡ノ效力

如何ナル債權ヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤハ債權其モノノ準據法ニ依リテ定マ
ルモノトス隨テ不法行為ニ因ル債權ヲ讓渡スコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ハ第十
一條ニ依リ決定セラルヘキモノトス而レテ第三者ニ對スル債權讓渡ノ效力モ
亦債權自體ノ準據法ニ依ルヘキコトハ一般ノ學說並ニ實例ノ認ムル所ナレト
モ唯リ我法例ハ此問題ニ付キ特別ノ規定ヲ設ケタリ法例第十二條ニ曰ク「債權
讓渡ノ第三者ニ對スル效力ハ債務者ノ住所法ニ依ル」蓋シ債權ノ準據法ニ
依リテ第三者ニ對スル效力ヲ管轄セシムルトキハ第三者ハ往往不利益ヲ受ク

ルコトアルカ故ニ第三者ヲ保護センカ爲メニ設ケタル規定ニ過キス

第四節 隔地的法律行為

一定ノ法律行為カ隔地的法律行為ナルヤ否ヤヲ民法上確定スルコトハ往往困
難ナル問題ニシテ殊ニ電話電信等ノ方法ニ依リテ意思ヲ表示スル場合ニ民法
學者中議論アルコトハ人ノ知ル所ナレトモ民法學者ハ往往隔地的法律行為ノ
性質ヲ定ムル標準ハ時ニ在ルコトヲ忘却スルモノノ如キ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ
隔地ナル文字ハ寧ロ隔時ト改ムヘキモノカ然ルニ國際私法上隔地的法律行為
ヲ確定スル標準ハ時ニ在ラスシテ土地ニ在リ即チ意思表示ヲ爲ス者ト意思表
示ヲ受クル者トカ法律ヲ異ニスル土地ニ在ル場合ニ於テハ其法律行為ハ隔地
的法律行為ナリトス此ノ如ク國際私法上隔地的法律行為ノ性質ヲ確定スルコ
ト容易ナレトモ表意者ノ存在スル地ノ法律ヲ準據法ト爲スヘキヤ受信者ノ存
在スル地ノ法律ヲ適用スヘキヤノ問題ニ付テハ國際私法學者中未タ定論ヲ見
ス隨テ各國ノ實例即ル區區ナレトモ我法例第九條ハ發信主義ヲ採用セリ蓋シ

論理上ヨリ言ヘハ了知主義ハ最モ肯綮ニ中レルカ如シト雖モ取引ノ便利ヲ計ルカ爲メニハ發信主義ニ贊成セサルヲ得ス我民法ハ法律行爲ノ總則トシテハ受信主義ヲ採用シ契約ニ付テハ發信主義ヲ採用シタルカ故ニ法律ノ體裁上不完全ナリトハ往往人ノ非難スル所ナレトモ我法例ハ隔地の法律行爲中最モ多ク生シ得ヘキ契約ヲ主眼トシテ遂ニ發信主義ヲ採用セリ法例第九條ニ曰ク「法律ヲ異ニスル地ニ在ル者ニ對シテ爲シタル意思表示ニ付テハ其通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス」契約ノ成立及ヒ效力ニ付テハ申込ノ通知ヲ發シタル地ヲ行爲地ト看做ス若シ其申込ヲ受ケタル者カ承諾ヲ爲シタル當時申込ノ發信地ヲ知ラザリシトキハ申込者ノ住所地ヲ行爲地ト看做ス我法例カ契約ニ付キ申込ノ發信地ヲ行爲地ト看做シタルハ蓋シ申込ハ契約中主位ニ在ルモノナレハナリ

第三章 物權及準物權

第一節 物 權

物權ノ準據法ニ付テハ古來二主義アリ一ハ動產、不動產同則主義ニシテ一ハ動產、不動產異則主義是ナリ後者ハ其由來頗ル古ク今日ニ於テモ之ヲ認ムル實例竝ニ學說尠カラス故ニ先ツ此主義ニ付キ説明スヘシ蓋シ動產、不動產異則主義トハ物權ノ目的物カ動產ナルト將タ不動產ナルトニ依リテ準據法ヲ異ニスルモノニシテ法則學說以來學者間ニ傳承セラレタルモノナリトス

不動產上ノ物權ニ付テハ不動產所在地ノ法律ニ依リテ管轄セラルコトハ古來一定セル實例ニシテ學說モ亦多ク之ヲ認ム然ルニ此原則ノ理由ニ至リテハ議論一定セス第一說ハ假ニ主權說ト名クヘキモノニシテ不動產ハ國土ノ一部分ナルカ故ニ外國ノ法律ニ依リテ內國ノ不動產上ノ物權ヲ管轄スルトキハ一國ノ公安ヲ擾亂スルモノナリト云フニ在リ第二說ハ假ニ經濟說ト名クヘキモノニシテ不動產ハ大ナル價值ヲ有シ所在地ノ經濟ニ大關係ヲ有スルモノナリ故ニ經濟政策ヲ異ニスル外國ノ法律ニ依リテ不動產上ノ物權ヲ管轄スヘカナルモノナリト云フニ在リ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ物權ハ其目的物ノ所在地ニ於テ實行スヘキモノナルカ故ニ所在地以外ノ法律ニ依リテ物權ノ得喪ヲ定ムル

モ實益ナキニ依ルカ故ニ此原則ヲ生シタルモノナリト謂フヲ得ヘキカ又第三
 説トシテ天賦人權説ヲ唱フル者アリ此説ハ佛蘭西伊太利等ノ學者間ニ行ハル
 ルモノニシテ吾人カ財產ヲ享有スルハ天賦ノ權利ナリ隨テ權利者ノ本國ニ於
 テ定メラレタル物權ハ其他ノ國ニ於テモ之ヲ認メサルヘカラスト此説モ亦服
 スヘカラス何トナレハ如何ナル人カ權利者ナルヤハ權利者ノ屬人法ニ依リテ
 決定セララルモノナルカ故ニ畢竟循環論理ニ陥ルモノナリ
 動產不動産ノ區別ハ古來不動産所在地法ニ依リテ確定セラレ又不動産ニ關ス
 ル物權ノ取得移轉喪失モ總テ不動産所在地法ニ依リテ管轄セラレタリ
 動產ニ關スル物權ノ準據法ニ付テハ古來種種ノ變遷ヲ經タリ法則學説ハ動產
 上ノ物權ニ付テハ人ノ住所地法ヲ適用スヘシト論シ今日尙ホ之ヲ傳フル者尠
 カラスト雖モ所謂人ノ住所地法トハ所有者又ハ一般ノ權利者ノ住所地法ナリ
 ヤ若クハ占有者ノ住所地法ナリヤ曖昧ナリ今日ノ學者中往往所有者ノ住所地
 法ナリト曰フ者アレトモ此説カ循環論理ニ陥レルコトハ天賦人權説ヲ批評ス
 ルニ際リ述ヘタルカ如シ其他ノ權利者ノ住所地法ナリト解釋スルモ亦同一ノ

缺點アリ唯占有者ノ住所地法ナリト解釋スルトキハ右ノ弊ニ陷ラサルカ如シ
 ト雖モ共同占有ノ場合ニ於テ其住所地法カ規定ヲ異ニスルトキハ何レノ法律
 ヲ適用スヘキヤ此ノ如キ缺點アルカ故ニ「サビニ」以來動產ハ總テ其所在地法
 ニ依リテ管轄セララルトノ説ヲ唱フル者及ヒ之ヲ採用シタル立法例判決例漸
 ク多キヲ加フルニ至レリ然ルニ此説ノ理由ニ至リテハ學說一ナラス多數ノ學
 者ハ主權説ヲ認ムレトモ「サビニ」氏ハ任意服從説ヲ唱ヘリ予ハ此場合ハ不動
 產上ノ物權カ其所在地法ニ依リテ決定セララル理由ト同一ナリト信ス

動產ハ常ニ其位地ヲ轉シ容易ニ其所在地ヲ確定スルコト能ハストノ非難ハ往
 往所在地法説ニ對シテ世人カ加フル所ナリ茲ニ於テ「サビニ」ハ動產三別説ノ
 唱ヘタリ（第一種ハ一定ノ場所ニ附着スルモノニシテ所在地法ヲ適用シ第二種ハ常ニ其位置ヲ變遷スルモノニシテ所有
 者カ停止ノ地ヲ明示セザルモノハ所有權者ノ住所地法ヲ適用シ第三種ハ以上二種ニ屬セザルモノニシテ第一種第
 二種何レカ違キモノニ適用スルハ所有權者ノ住所地法ト云フ在リ）
 學者間ニ議論アルハ第二種ノ動產ニ關スルモノナリ或ハ其動產カ最後ニ到著
 スル港ノ法律ヲ適用スヘシトノ説ヲ唱フル者アリ然レトモ茲ニ最モ議論ノ存
 スルハ右ノ動產カ到着地ニ達セサルニ際シ讓渡サレタル場合ナリ此場合ニ讓
 渡ヨリ生スル物權移轉ノ問題ハ舊所有者ノ住所地法ニ依ルヘキヤ或ハ新所有

者ノ住所地法ニ依ルヘキヲ將タ又到着地ノ法律ニ依ルヘキヤノ問題ヲ生ス
我法例第十條ノ規定ハ如何ナル動産ニモ全然適用シ得ヘキヤ否ヤニ付テハ往
往議論ヲ聞ク所ナレトモ其規定ノ一般的ナル點ヨリ觀レハ「サビニー」三別說
ヲ採用セサルカ如シ然ラハ如何ナル時ニ於ケル所在地法ニ依ルヘキヤ我法例
ハ此點ニ付キ全ク一般ノ學說ヲ採用シ權利得喪ノ原因タル事實ノ完成シタル
時ニ於ケル所在地法ニ從フヘキモノト爲セタリ

物權ノ得喪ニ關スル法律行為ノ方式ハ物權ノ目的物ノ所在地法ニ依ルヘキコ
ト今日一般ノ學說並ニ實例ノ認ムル所ナリ而シテ我法例第八條ノ規定ハ果シ
テ此一般ノ學說及ヒ實例ヲ採用シタルモノナルヤ否ヤハ問題ナリトス第八條
但書ハ行為地法ヲ排除シタルモノニシテ物權ニ關スル法律行為ノ方式ハ其法
律行為ノ效力ヲ定ムル法律タルヘキコトヲ規定セリ若シ學者ノ解スル如ク第
八條所謂法律行為ハ第七條ノ法律行為ト其範圍ヲ同シウスルモノトセハ第七
條ノ法律行為ノ準據法中ニハ行為地ヲモ包含スルカ故ニ第八條但書カ法律行
爲ノ效力ヲ定ムル法律ニ依ルヘキコトヲ宣言スル實用ナカルヘシヲ以テ之

ヲ見ルニ第八條所謂法律行為ハ最も廣キ意味ヲ有スルモノニシテ第七條所謂
法律行為ハ物權ニ關セサルモノノミヲ指稱スルモノト信ス歐洲大陸ノ學說ニ
依レハ物權其モノノ問題ト物權得喪ノ原因タル法律行為ノ問題トヲ區別シ物
權自體ノ問題ノミ所在地法ニ依ルヘキモノトセリ然ルニ英米ノ學說ハ物權得
喪ノ原因タル法律行為ハ物權ニ密著ノ關係アルモノナルカ故ニ同シク所在地
法ニ依ルヘシト曰ヘリ我法例ニ於テモ恐クハ英米ノ學說ヲ採用シタルモノニ
シテ物權得喪ノ原因タル法律行為ハ第十條ニ於テ規定セラレタルモノト信ス
隨テ第八條ノ所謂行為ノ效力ヲ定ムル法律ナキ文字中ニハ物權所在地法ヲモ
包含スルモノト解釋セサルヘカラス

法例ハ登記スヘキ權利ヲ物權ト同視セリ蓋シ各國ノ法律中往往登記ヲ要スル
權利ヲ以テ物權ト等シキ效力ヲ有セシムルモノアレハナリ

物ノ種類並ニ物權ノ種類ハ目的物ノ所在地法ニ依ルヘキモノトス物權ノ種類モ
亦然リ例ヘハ日本及ヒ歐洲大陸諸國ニ於ケル所謂抵當權ハ英國ニ於テ之ヲ認
ス又獨逸新民法ヲ定メタル用益權ハ我國ニ於テ之ヲ認サルカ如キ即チ是ナリ

占有者カ取得スル果實ノ問題ハ果實ヲ生スル時ニ於ケル所在地法ヲ適用スヘキヤ或ハ占有開始ノ時ニ於ケル所在地法ヲ適用スヘキヤ議論アル所ナレトモ占有者カ如何ナル要件ヲ具フルトキハ果實ヲ取得スルコトヲ得ルヤ否ヤハ占有ノ效力ト看ルコトヲ得ヘキカ故ニ占有開始ノ時ニ於ケル所在地法ヲ準據法ト定ムヘキモノト信ス我法例ノ精神亦茲ニ在ルモノトス

不動産ノ取得時効ニ付テハ不動産ノ所在地法ニ依ルヘキコト古來一般ニ認メラレタル所ナレトモ動産ノ取得時効ニ付テハ種種ノ學說アリ占有者ノ住所地法ニ依ルヘシトノ說ハ時効ノ起算並ニ時効ニ關スル規定ノ證明ハ困難ナリトノ事實ヲ以テ其論據ト爲セリ然レトモ證明ノ困難ナルヤ否ヤハ事實ノ論ナルカ故ニ姑ク之ヲ措キ占有者ノ住所地法說ハ共同占有ノ場合ニ通セサル說ナリトス即チ共同占有者ノ住所地法カ各異ナリタル規定ヲ設ケタル場合ニ於テハ何レノ國ノ住所地法ヲ適用スヘキヤ明カナラス又所在地法說ヲ唱フル者ハ曰ク取得時効ノ基礎ハ長期ノ占有ニ在リ而シテ占有カ目的物ノ所在地法ニ依ルヘキモノトセハ取得時効ノ問題モ亦目的物ノ所在地法ニ依ラサルヘカラスト而レテ時

効ノ期間ヲ異ニスル法境ヲ轉帳シタル動産ニ付テハ時効カ完成シタル法境ノ法律ヲ適用スヘキモノトス例ヘハ甲地ニ於テハ二箇年ノ占有ヲ要シ乙地ニ於テハ四箇年ノ占有ヲ要シ而シテ丙地ニ於テハ五箇年ノ占有ヲ要スル場合ニ動産カ甲地ニ於テモ將タ乙地ニ於テモ時効期間満了セサルトキハ單ニ取得時効ノ基礎ヲ爲シタルニ過キサルコトハ「サビニ」氏ノ主張セタルカ如シ隨テ甲乙二法境ニ於ケル占有ノ時間ハ之ヲ通算セサルヘカラス故ニ右ノ動産ニ對スル取得時効ノ期間ハ最後ノ所在地法ニ依リテ定マルト雖モ若シ甲乙二法境ニ於テ

四箇年ヲ經過シタルトキハ其後一箇年ノ占有ニ依リテ時効完成スヘシ

茲ニ一疑問アリ即チ不動産カ三箇ノ法境ニ跨リタル場合ニシテ往往學者カ重國籍ナル名稱ヲ付スルモノ是ナリ此ノ如キ現象ハ領地割讓ノ際ニ往往生スル所ニシテ割讓前ヨリ此不動産ヲ占有スル者ハ割讓後何レノ國ノ法律ニ依リテ時効問題ヲ管轄スヘキヤ予テ以テ之ヲ觀ルニ此種ノ不動産ノ占有者ハ一人ナレトモ其目的物タル不動産カ同一ノ法律ニ依リテ管轄セラレサルカ故ニ甲地ニ於ケル不動産ニ對スル時効ハ其地ノ法律ニ依リテ決定セラレ乙丙二地ノ不

動產モ亦其各所在地法ニ依リテ決定セララルモノト信ス
 地役權ニ付テハ要役地ノ存在スル國ノ法律ヲ適用スヘシトノ說頗ル多シト雖
 モ此說ニ依レハ承役地ヲ所有スル者ノ利益ヲ犧牲ニ供スル虞アリ予ヲ以テ之
 ヲ觀ルニ此場合ニ於テ兩國ノ法律ニ依リテ之ヲ決定スヘキモノト信ス又要役
 地法ヲ適用スヘシトノ說ハ左ノ場合ニ於テ實行スルコト能ハサルヘシ即チ甲
 乙二法境ニ在ル土地カ何レモ其國ノ法律ニ依リテ要役地ト認メラレタル場合
 是ナリ

第二節 準物權

第一款 著作權

著作權ニ關スル準據法ヲ說明セントセハ先ツ其性質ヲ明カニスルコトヲ要ス
 然ルニ著作權ノ性質ニ付テハ歐洲學者中百年前ヨリ議論アル所ニシテ其說ヲ
 大別スレハ左ノ如シ

第一 物權說

著作權ヲ以テ物權ナリト爲ス說ノ根據ハ著作權ハ中間人ヲ要セス且ツ諸人ニ
 對抗シ得ルノ二點ニ在リ此說ハ佛國ヲ始メ其他ノ國ニ於テ廣ク傳播セシ所ナ
 レトモ所謂物權トハ所有權ナルヤ否ヤニ付テハ更ニ議論アルカ如シ而シテ之
 ヲ所有權ナリト斷定スル學者ハ著作權ニ排他的ノ性質アルコトト其目的物カ
 有形物ナルコトヲ證論セリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ觀レハ著作權ハ物權ニ非ス
 蓋シ其目的物カ有形物ニ非サル點ニ於テ少クトモ普通ノ物權ニ非サルヲ知ル
 ニ足ル所有權說ヲ唱フル者ハ文書圖書等ハ言語思想等ヲ有形ニ表ハシタルモ
 ノナルカ故ニ著作權ノ目的物ハ有形物ナリト云フト雖モ思想若クハ言語ヲ表
 シシタル紙片ヲ目的物ト爲スニ非スシテ紙片上ニ表ハレタル思想カ却テ目的
 物ナリ假ニ之ヲ有形物ナリトスルモ期限附所有權ハ今世ニ於テ認メサル所ナ
 リ然ルニ著作權ハ何レノ國ニ於テモ必ス期限附ナラサルハナシ是ニ由リテ之
 ヲ觀レハ著作權カ少クトモ所有權ニ非サルコト明白ナリトス然レトモ其對世
 的ナルト中間人ヲ要セサルトノ二點ヨリ觀察スレハ物權ニ頗ル相類似スル所
 ノモノアリ

所有權說ハ唯リ學說ノミナラス各國ノ立法例若クハ條約文ニ採用セラレタル例尠カラス例ヘハ佛蘭西瑞西ノ諸法律獨逸憲法千八百八十六年ベルン條約日獨通商條約等ノ如キ是ナリ獨逸ニ於テハ法律上ニ於テハ一般ニ此名稱ヲ採用セサレトモ碩學「イェリッング」ノ如キハ此種ノ權利ノ外形上ヨリ所有權ナル文字ノ妥當ナルコトヲ主張シ又「ホイスレル」ノ如キハ學理上ヨリ所有權說ヲ唱ヘタ

第二 特權說

著作權ハ一般ノ人カ享有スルコトヲ得シテ或種ノ人ニ限リ利益ヲ受クル點ヨリ觀察スルトキハ一ノ特權ナルカ如シ是レ特權說ヲ唱フル者尠カラサル所以ニシテ「ベルン條約」ノ如キハ其條約ノ表題ニ所有權ナル文字ヲ選ミシニモ拘ラス條約中諸所ニ特權說ヲ認メタル痕跡アリ

第三 混合說

著作權ハ公衆ニ對スル點ヨリ觀察スルトキハ物權ナレトモ一定ノ人ニ對シテ權利ヲ行フ點ヨリ觀察スルトキハ債權ナリト論スル者アリ然レトモ此說ハ

物權モ亦一定ノ人ニ對シテ行フコトアルヘキヲ想像セサルモノナリ又客觀上ヨリ觀レハ著作權ハ公衆ニ對スル禁止權ナレトモ主觀上ヨリ言ヘハ一ノ私權ナリト曰フ說アリ然レトモ其論旨明白ナラス

第四 特種ノ權利ナリトノ說

此說ハ近來之ヲ唱フル者漸ク多キヲ加フルニ至リ佛國ノ碩學「ワイス」ノ如キモ亦此說ヲ主張セリ予ハ此說ヲ正當ナリト信ス
著作權ハ人ノ資産ヲ組成スルモノナルコト疑ナキ所ナリ既ニ之ヲ以テ資産ノ一分子ナリトスレハ此權利ハ私權ナルコト明白ナリ故ニ著作權ノ問題ハ涉外的ナル場合ニ於テハ國際私法上ノ問題ナルコト明カニシテ往往世人カ信スル如ク之ヲ以テ單ニ國際法上ノ問題トスルハ全ク誤レリ然ラハ著作權ノ準據法ハ何レノ國法ナリヤ現今此問題ハ或程度マテ國際條約ニ依リテ確定セラレタリ即チ千八百八十六年「ベルン條約」是ナリ

歐洲ニ於テ內國臣民ノ著作權ヲ保護スルニ至リシハ近來ノコトニシテ其外國人ノ著作權ヲ保護スル例ノ如キハ佛國カ四十年前ニ於テ始メテ之ヲ實行セシ

ノミ然ルニ著作權ノ保護ハ決シテ國內的ノモノニ非ストノ議論漸ク勢力ヲ占ムルニ至リ千八百七十八年諸國ノ學者美術家佛蘭西ニ會合シテ大會ヲ開キ此問題ヲ研究セシカ爾後開會數次ニシテ遂ニ最後ノ大會ヲ瑞西國ベルン府ニ開キ一ノ條約案ヲ議定シ且ツ同時ニ此條約案ヲ議案トシテ萬國會議ヲ開カレンコトヲ瑞西政府ニ勸告セリ瑞西政府ハ此勸告ヲ容レテ前後數回萬國會議ヲ開キ終ニ千八百八十六年ベルン府ニ於テ開キタル最後ノ會議ニ於テ此問題ヲ議定スルニ至レリ此條約ハ實ニ二十一條ヨリ成リ外ニ追加及ヒ議定書アリテ歐米其他ノ文明國ハ一般ニ其當事國ト爲レリ今其大要ヲ學クレハ左ノ如シ

此條約ハ平等主義ヲ原則ト爲ス但シ本國ニ於テ與ヘタル保護ノ程度ヲ超ユルコトヲ許サス而シテ此條約ノ所謂本國トハ國際私法上通例謂フ所ノ本國ニ非スシテ發行地ヲ指稱スルモノトス而シテ著作權ノ保護ヲ受クル主體ハ條約當事國ノ臣民ナルコトヲ要セサルモノトス若シ數多ノ國ニ於テ發行シタル場合ニ其保護ノ程度カ異ナルトキハ保護期間ノ最も短キ國ヲ以テ其本國ト看做ス未發ノ著作物ト雖モ保護ヲ受クル程度ニ於テハ同一ナリトス

著作者及ヒ其相續人ノ翻譯權ハ十年ナリトス而シテ其保護ノ程度ハ著作ト同一ナリトス新聞雜誌上ニ記載シタル著作物ハ著作者ニ於テ之ヲ禁セサル限リハ複寫又ハ翻譯翻刻ヲ妨ケサルモノトス政事上ノ論說及ヒ時事ニ關スル著作物ハ著作者ノ禁止シタル場合ト雖モ翻譯又ハ翻刻ヲ許ス拔萃ハ同盟國ノ國法又ハ特別條約ニ依リテ之ヲ定ム無名又ハ匿名ノ著作物ニ付テハ發行人ヲ著作者ノ相續人ト看做ス偽作物ノ沒收ハ保護ヲ爲ス國ノ法律ニ依リ又ベルン條約ハ各國ニ於ケル警察上ノ處分ヲ妨ケサルモノトス又著作者ノ權利ヲ擴張スル場合又ハ本條約ニ牴觸セサル場合ニ於テハ特別條約ヲ締結スルコトヲ得ルモノトス而シテベルン條約ハ條約當事國ノ一致アルニアラサレハ變更ヲ爲スコトヲ得サルモノトス

著作權ノ準據法ニ關スル從來ノ學說ハ主トシテ主權說ニ依據シタルモノナレトモ今日ニ於テハ此說ヲ唱フル者殆ト之ナキニ至レリ而シテ今日ニ於テハ屬人說ヲ唱フル者尠カラス即チ著作者ノ本國法ニ依リテ著作權ノ準據法ヲ定メントスルモノナリ然レトモ元來著作權ノ性質タルヤ決シテ一定ノ國體歷史社

會ノ狀態又ハ氣候等ニ關係ヲ有スルモノニアラサルカ故ニ右ノ準據法ニ依ルヘキモノニアラス是ニ於テ著作權ヲ始メテ發行シタル國ノ法律ヲ以テ準據法ト爲スヘシトノ說漸ク多キヲ加フルニ至リ殊ニ「ベルン條約」ノ如キハ此說ヲ採用セリ蓋シ著作權ハ著作物ヲ發行シタル地ニ於テ發生シタルモノナルカ故ニ此地カ著作權其モノニ付キ最モ密著ナル關係ヲ有スルヤ明白ナリトス學者或ハ此地ヲ稱シテ本國法ナリト曰フ者アリ「ベルン條約」ノ如キモ亦此名稱ヲ用ヒタリ此名稱ノ當否ハ姑ク措キ之ヲ以テ著作權ノ範圍效力保護期間等ノ問題ヲ決定セシムルハ其當ヲ得タルモノト信ス我著作權法ハ「ベルン條約」ト其精神ヲ同シウスルモノニシテ殊ニ其第二十八條ハ規定シテ曰ク「外國人ノ著作權ニ付テハ條約ニ別段ノ規定アルモノヲ除ク外本法ノ規定ヲ適用ス但シ著作權保護ニ關シ條約ニ規定ナキ場合ニハ帝國ニ於テ始メテ其著作物ヲ發行シタル者ニ限り本法ノ保護ヲ享有ス」ト故ニ我著作權法ニ依レハ我國ニ於テ始メテ著作物ヲ發行シタル外國人ノミナラス外國ニ於テ著作物ヲ發行シタル者モ亦我國ニ於テ著作權ノ保護ヲ受クヘシ又我著作權法ニ依リテ我國ニ於テ發行セラルエタ

ル著作物ハ外國ニ於テ亦其國人民ノ著作物ト同一ニ保護セラルルモノトス要スルニ我著作權法其他近來「ベルン條約」ニ依據シタル法律ハ何レモ平等主義ヲ採用セリ蓋シ著作權ヲ以テ一種ノ私權ト看做シタル結果ナリトス

僞作ニ對スル制裁ハ我著作權法ニ依ルモ民事的ノモノト刑事的ノモノトニアリ其他ノ國ニ於テモ二様ノ制裁ヲ認ムル例頗ル多シ蓋シ一種ノ制裁ノミヲ以テ十分著作權保護ノ目的ヲ達シ能ハストノ思想ヨリ起リタル結果ナリトス而シテ如何ナルモノヲ以テ僞作ト視ルヘキヤハ多クハ法律上之カ定義ヲ與ヘスシテ學者ノ見解ニ一任セリ我著作權法ノ如キ亦然リ是ニ於テ如何ナル行爲ヲ僞作ト認ムヘキヤ否ヤノ問題ハ國際私法上何レノ法律ニ依リテ管轄セラルルヤ若シ僞作ハ法例ニ所謂不法行爲ト同一ノ意味ナリトセハ一定ノ行爲ヲ以テ僞作ト認ムルヤ否ヤハ僞作ヲ爲シタル國ノ法律ト我國ノ法律トニ依リ共ニ僞作ト認メタル場合ニアラサレハ制裁ヲ生スルコトナキモノトス我著作權法ニ於テハ第二十九條ニ規定シテ曰ク著作權ヲ侵害シタル者ハ僞作者トシテ本法ニ規定シタルモノノ外民法第三編第五章ノ規定ニ從ヒ之ニ因リテ生シタル損

害ヲ賠償スル責ニ任スト然ルニ我民法ニ於テハ如何ナル行為カ不法ナルヤ否ヤヲ定メサルカ故ニ我著作權法ノ所謂僞作ノ内容ハ學說ニ一任セラレタルモノト看ルヘキモノト又若シ我法律ニ照シ僞作ト認メタル行為ニシテ僞作ト爲シタル國ノ法律ニ照シ僞作ト爲ラサルトキハ我國法ニ照シ處分スルコトヲ得ルヤ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ此種ノ涉外的問題ハ著作權法ニ依リテ規定セラレサルモノナルカ故ニ著作權法ハ法例ニ委任シタルモノト解釋セラレサルヘカラス果シテ然ラハ右ノ例ハ我國ニ於テ制裁ヲ加フルヲ得ス尙ホ著作權法第三十一條ヲ見ルニ左ノ規定アリ曰ク「帝國ニ於テ發賣頒布スルノ目的ヲ以テ僞作物ヲ輸入スル者ハ僞作者ト看做ス」是ニ於テ左ノ問題ヲ生セリ即チ我法律上僞作ト認ムヘキ著作物ヲ外國ニ於テ發行シ而シテ發行地タル外國法カ之ヲ僞作ト認メタル場合ニ此僞作物ヲ僞作者カ發賣頒布スル目的ヲ以テ我國ニ輸入シタル場合ニ輸入ノ行為ハ之ヲ僞作トシテ著作權法ノ制裁ヲ受ケサルヘカラスレトモ尙ホ外國ニ於ケル僞作ハ不法行為トシテ我法例ニ於テ賠償ノ判決ヲ爲スコトヲ得ルヤ是ナリ外國ノ學說ハ一事ハ再理セストノ原則ヲ適用セント

スル者頗ル多シ然レトモ我國國際私法タル法例ト著作權法トノ二面ヨリ觀察スルトキハ外國ニ於テ發行シタル所爲ト輸入ノ所爲トハ全ク別物ナルカ故ニ少クトモ民事上ニ一事ハ再理セストノ原則ヲ適用スルコト能ハスト信ス

第二款 工業所有權

工業所有權ノ性質ニ付テハ著作權ノ性質ト同一ノ議論アリテ之ヲ所有權ナリトスル說多キヲ占ム隨テ工業所有權ナル文字ハ不當ナルニモ拘ラス廣ク用ヒラレタリ

工業所有權ノ保護ニ付テハ從來識者カ其必要ヲ唱ヘタレトモ各國之ヲ容ルルニ及ハサリシカ千八百七十三年維納萬國博覽會ニ際シ始メテ同地ニ於テ私ノ萬國會議ヲ開キ其結果千八百七十八年佛國ニ於テ萬國博覽會ヲ開キタルニ方リ右私ノ萬國會議ノ會員ヨリ佛國政府ニ萬國會議ヲ開クヘキコトヲ請求シ佛國政府ハ此請求ヲ容レテ千八百八十年始メテ第一回ノ萬國會議ヲ開クコト數回ニシテ遂ニ千八百八十三年萬國工業所有權保護條約ヲ締結スルニ至リ翌年

批准交換ヲ了レリ現行條約即チ是ナリ

左ニ右條約ノ要領ヲ説明スヘシ

本條約ニ依リテ所謂工業所有權ノ主體ト爲ル者ハ同盟國ノ一ニ於テ製造所商店又ハ住所ヲ有スル人ニシテ國籍ハ何等ノ關係ヲ有セサルモノトス故ニ國際無籍人ハ勿論同盟國以外ノ人民ト雖モ本條約ノ當事國ニ於テ工業所有權ノ主體トシテ認メラルルコトヲ得ヘシ然レトモ工業所有權ノ主體ト爲ルカ爲メニハ內國法ニ依リテ定メタル條件及ヒ方式ヲ履行スルコトヲ要ス

工業所有權ノ客體ハ特許意匠商標及ヒ商號ナリトス若シ同盟國ノ一ニ於テ此等ノ客體ヲ登錄シタルトキハ他ノ同盟國ニ於テ客體ノ種類ニ依リ一定ノ期間內登錄優先權ヲ有ス

特許證主ハ特許ヲ付與セラレタル以外ノ同盟國ニ於テ製造シタル特許品ヲ輸入スルモ特許ノ效力ヲ妨ケス然レトモ特許證主ハ特許ヲ得タル國ニ於テ特許ヲ實施スル義務アリ

商標ノ權利者カ本國ニ於テ登錄シタル商標ハ他國ニ於テモ登錄スルコトヲ得

且ツ他國ニ於ケル商標ト同一ノ保護ヲ受クルコトヲ得而シテ條約ニ所謂本國トハ商標ノ權利者カ本店ヲ有スル國ヲ謂フモノニシテ若シ本店ヲ有セザルトキハ其國籍ヲ有スル國ヲ本國ト看做スモノナリ而シテ商標カ他國ニ於テ保護ヲ受クルカ爲メニハ其國ノ道德又ハ公ノ秩序ニ反セザルコトヲ要ス

商號ハ登錄ヲ要セスシテ同盟國ニ於テ保護セラル

同盟國ノ保護ニ係ル商標又ハ商號ヲ不正ニ使用セル物品ヲ同盟國ノ一ニ輸入スルトキハ利害關係人ノ請求ニ因リ之ヲ沒收ス製造者ヲ隱蔽セル物品モ亦然

萬國博覽會ニ陳列スヘキ物品ハ同盟國ニ於テ特ニ之ヲ保護スル義務アリ又同盟國ハ特許意匠及ヒ商標ノ中央登錄ヲ爲ス義務アリ

右ノ事項ヲ管理スル國際中央局ヲ瑞西ニ設ケ其費用ハ同盟國ニ於テ之ヲ負擔ス又此事項ニ抵觸セザル範圍內ニ於テ同盟國ハ特別條約ヲ締結スルコトヲ得ルモノトス

次ニ特許ニ付キ各國ノ立法例ヲ按スルニ之ヲ分チテ三種ト爲スコトヲ得ヘシ

第一種ハ特許ノ制度ヲ認メサル國ニシテ第二種ハ最長期ニ從ヒ特許ノ保護ヲ爲スモノナリ而シテ第三種ハ最短期ニ從ヒ特許ノ保護ヲ爲スモノナリ第一種ノ制度ハ歐洲以外ノ諸國ニ於テ多ク採用スル主義ナリ又和蘭ノ如キハ近來特許法ヲ廢止シ其結果同國ニ於テハ外國人ハ勿論內國人ト雖モ外國人ノ發明ヲ盗用スル者頗ル多シト云フ蓋シ同國カ特許法ヲ廢止シタル理由ハ同國衰頹ノ結果近來發明ヲ見サルニ至リシニ依ルモノナリ第二種ノ制度ハ白耳義ニ於テ採用スル所ニシテ第三種ノ制度ハ現今其例頗ル多シ

特許ヲ與フル方法ニ三種アリ第一ヲ假ニ放任主義ト名ク此主義ヲ採用スル國ニ於テハ特許ノ請願ニ對シ何等ノ審査ヲ爲スコトナクシテ特許ヲ許ス故ニ往往真正ノ特許證主カ其權利ヲ侵害セラルルコトアリ此場合ニハ真正ノ特許證主ハ法廷ニ訴ヘテ其權利ヲ回復スルコトヲ得レトモ特許局ニ對シテ後ノ特許ヲ取消スコトヲ請求スル能ハス要スルニ己ノ權利ヲ認メタル判決ニ依リテ後ノ特許ノ取消ヲ請求スルコトヲ得ルモノナリ而シテ若シ特許局ニ於テ其請求ヲ理由アリトスルトキハ後ノ特許ヲ取消スコトヲ要ス此場合ニハ其取消ハ既

往ニ效力ヲ及ホスモノトス此主義ヲ採用スル國ハ奧太利白耳義西班牙露西亞等トス第二種ハ假ニ審查主義ト名ク此主義ニ依レハ特許ノ出願アルトキ特許局ハ其請願カ正當ナルヤ否ヤ即チ最先ノ發明ナルヤ否ヤヲ審査シ之ヲ正當ト認メタルトキハ始メテ特許ヲ與フルモノトス我特許法ハ此主義ヲ採用シタルモノナリ第三種ノ主義ハ假ニ公告主義ト名ク此主義ニ依レハ特許ノ請願ニ對シテ審査ヲ爲スノミナラス之ヲ許ストキハ必ス公告ヲ爲スモノニシテ英吉利及ヒ其領地ニ行ハルルモノナリ以上三主義ヲ比較スルニ放任主義ハ權利者ヲ保護スル途ヲ盡シタルモノニアラス唯政府ノ手數ヲ省クノ利益アルノミ公告主義ハ最モ能ク權利者ノ利益ヲ保護スルモノナレトモ其手數煩雜ナル虞アリ故ニ審查主義ハ其一方ニ偏セサルモノト謂フヘシ我特許法ハ外國ノ法律ニ比シ優リタル點少クトモ二アリ即チ特許ノ主義ニ付キ最短期主義ヲ採用セサルコト及ヒ審查主義ヲ採用シタル點是ナリ工業所有權條約並ニ多クノ國ニ於テ認ムル最短期主義ハ恐クハ工業所有權ヲ以テ特權ナリトスル觀念ヨリ出テタルモノナルヘシト雖モ内外人平等主義ニ抵觸スルモノナリ例ヘハ和蘭ノ如キ特許法

ナキ國ノ人民カ最短期主義ヲ採ル國ニ於テ特許ノ保護ヲ受ケントスルモ得ヘカラサル結果ヲ生スレハナリ又内國人カ外國ニ於テ特許ヲ受ケ更ニ内國ニ來リテ特許ヲ受クル場合ニ於テハ他ノ内國人ニ比シ劣等ノ地位ニ立ツコトアルヘシ此主義ハ今日北米合衆國加奈太巴西伊太利奧太利露西亞等ニ於テ採用スル所ナリ之ニ反シテ最長期主義ハ二三ノ國ニ於テ之ヲ採用スルノミ此主義モ亦内外人平等主義ニ抵觸スルモノナリ我特許法第十四條ニ曰ク工業所有權保護同盟條約ニ於テ發明ノ特許ヲ出願シタル者七箇月以内ニ同一發明ニ付キ特許ヲ出願シタルトキハ其出願ハ最初出願ノ日ニ於テ之ヲ爲シタルト同一ノ效力ヲ有ス

特許法ノ問題ニシテ涉外的ナル場合ニ於テハ特別法例ヘハ特許法ニ於テ之ヲ定メサル範圍ニ於テ國際私法ノ原則ニ依ルヘキコトハ特許權カ私權ナル性質ヨリ生スル結果ナリトス例ヘハ特許權ノ讓渡相續等ノ問題ハ相續若クハ物權ノ讓渡ニ關スル國際私法上ノ原則我國ニ於テハ法例ニ依リテ決定セラルヘキモノトス特許權侵害ノ行爲モ亦不法行爲トシテ國際私法上ノ原則ニ依ルヘキ

モノトス

次ハ製造標ニ付テ説明スヘシ製造標ノ保護ハ今日一般ニ行ハレサル所ニシテ工業所有權保護條約ニ於テモ之ヲ規定セス我國ニ於テハ商標法ニ依リテ商標ヲ保護スレトモ製造標ニ付テハ何等ノ規定ナキカ如シ蓋シ商標ハ賈ニ商品ヲ表彰スル爲メ用フルモノニシテ意匠モ亦工業上ノ物品ニ應用スヘキ無形ノ考案ノミナルカ故ニ此意匠ヲ應用スル技術ニ至リテハ同一ニ保護スル必要アルニ拘ラス之ヲ保護セサル例多キハ解スヘカラス工業若クハ美術ノ發達スル國ニ於テハ意匠家ト製造家トハ全ク異ナルモノニシテ製造標保護ノ必要ヲ見ル尤モ工業若クハ美術ノ發達セサル國ニ於テ其必要ヲ見スト雖モ工業所有權保護條約中此問題ヲ看過シタルハ是レ亦解スヘカラス而シテ製造標保護ノ法律カ將來各國ニ於テ制定セラルル場合ニハ忽チ國際私法上ノ問題ヲ惹起スヘシト雖モ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ此製造標モ亦所謂工業所有權ト同一ニ看做スヘキモノナリト信ス

次ニ意匠ニ付キ説明スヘシ

何ヲカ意匠ト謂フヤ殊ニ意匠ト美術トノ區別ニ付テハ頗ル困難ナル問題ニシテ未タ明確ナル説明ヲ爲シタルモノアルヲ見ス或ハ凸凹ノ表彰セラレタル形ヲ稱シテ美術ト謂ヒ平面ニ表彰セラレタル形ヲ意匠ト謂フト解スル者アレドモ是レ未タ完全ナル説明ニアラス予ヲ以テ之ヲ觀ルニ意匠ハ他物ニ轉用スルコトヲ得ルモノナレトモ美術ハ之ニ反シテ他物ニ轉用セラレサルモノナリ意匠ノ國際的保護ニ付テハ工業所有權保護條約ニ於テ大體ノ規定アリ隨テ此條約ニ加入シタル國ハ其立法權ヲ羈束セラルルヤ勿論ニシテ我意匠法ノ如キモ此條約ヲ基礎トシテ制定セラレタルモノナリ同法第一條ニ於テハ意匠ノ何モノナルヤヲ説明セント試ミタリ此規定ハ諸外國ノ法律ト意匠ノ見解ヲ異ニスルモノナルカ故ニ困難ナル問題ヲ生スヘシ

我意匠法ハ平等主義ヲ採用シタルモノニシテ且ツ最短期主義ヲ採用セサル點ニ於テ優等ノ立法例ニ屬ス外國人カ外國ニ於テ意匠登錄ヲ出願シタルトキハ四箇月以內ニ我國ニ於テ登錄優先權ヲ享有スヘシ(意匠法第一〇條)意匠專用權ノ相續讓渡侵害等凡ソ國際私法上ノ問題ニシテ我意匠法ニ依リ決定セラレサ

ルモノハ總テ法例ノ規定ニ依ル

次ニ商標ニ付キ説明スヘシ

商標モ亦工業所有權保護條約ニ依リテ規定セラレタルコトハ前ニ述ヘタル如シ而シテ我商標法ハ商標ニ付キ最短期主義ヲ採用シタルコトハ最モ注意スヘキ點ナリトス同法第三條ニ曰ク(商標專用ノ年限ハ二十年トシ原簿登錄ノ日より起算ス外國ノ登錄商標ニシテ帝國ニ於テ登錄ヲ受ケタルモノノ專用年限ハ原登錄ノ有效年限ニ從フ但シ二十年ヲ超ユルコトヲ得ス)而シテ商標法ニ規定セサル國際私法上ノ問題ハ我國國際私法ニ依リテ決定セララルルモノトス

最後ニ商標ニ付テ述フヘシ

商標ノ保護ハ國際的ナルコトニ付テハ從來學者カ往往唱ヘタル所ナリシカ漸ク工業所有權保護條約ニ依リテ實行セラルルニ至レリ我國ニ於テハ商法中ニ之ヲ規定セタリ元來商號ハ商人ノ身分ニ附著スルモノナルカ故ニ商號ニ關スル國際私法上ノ問題ハ同時ニ商人ノ權利ノ問題ナリトス而シテ商人ノ權利ニ關スル問題ハ商事ノ部ニ於テ説明スヘシ

第四章 親族

第一節 婚姻豫約

婚姻豫約ハ之ヲ認ムル國アリ又ハ我民法ノ如ク之ヲ認メサルモノアリ其他之ヲ認ムル國ノ法律中ニ於テモ各其規定ヲ異ニスルカ故ニ國際私法上ノ問題ヲ惹起スヘキヤ固ヨリ其所ナリトス是ニ於テカ或ハ債權ノ原因タル契約ト同一ノ準據法ニ依ラシメントスル說アリ然レトモ婚姻ノ豫約ハ身分ノ設定若クハ變更ヲ目的トスルモノナルカ故ニ所謂財産的契約ト同一ニ視ルコト能ハス而シテ人ノ身分ハ本國法ニ依リテ管轄セラルルコトハ近世學說ノ認ムル所ニシテ又我法例ノ採用スル所ナリ然レトモ男子ノ本國法ニ依ルヘキヤ又ハ女子ノ本國法ニ依ルヘキヤ或ハ將來夫タルヘキ者ノ本國法ニ依ルヘシトノ說アレトモ婚姻豫約ハ未タ服從ノ關係ヲ生セサル當事者間ニ成立スルモノナルカ故ニ何カ故ニ將來夫タルヘキ者ノ本國法ニ優先ノ地位ヲ與フルヤ其理由ヲ知ルニ苦ム故ニ婚姻豫約ハ當事者ノ各本國法ニ依リテ決定セラルヘキモノナリト信ス

我法例中ニハ婚姻豫約ニ付テ特別ノ規定ナシト雖モ我立法者ハ之ヲ國際私法上ノ問題トシテ排斥シタリト視ルコトヲ得ス何トナレハ之ヲ排斥スル必要ナクレハナリ故ニ我法例ノ解釋トシテハ總論ニ於テ說明シタルカ如ク所謂條理ニ依リテ此問題ヲ決定セサルヘカラス而シテ我法例ノ條理ト認ムル所ハ右ニ說明シタルカ如ク豫約當事者ノ各本國法ヲ以テ準據法ト爲スニ在リ法例第十條ノ規定ニ照スモ此解釋ハ強テ不當ニアラサルヘシ但シ婚姻豫約ノ方式ハ豫約ヲ爲シタル地ノ法律ニ依ルヘキモノト信ス

第二節 婚姻ノ成立

婚姻ノ成立問題即チ婚姻ノ要件問題ニ關スル學說ヲ左ニ略述スヘシ

第一 夫ノ本國法說 此說ハ今日最モ勢力アリ其趣旨ニ曰ク婚姻ノ要件ハ年齡親族ノ關係等人ノ本國ト密著ノ關係アルモノナルノミナラス身分ノ設定若クハ變更ノ要素ナルカ故ニ本國法ニ依ラサルヘカラス而シテ夫ハ婚姻後妻ニ

對シテ統御ノ權利ヲ行ヒ且ツ或程度マテ妻ヲ代表スルモノナルカ故ニ夫ノ本國法ハ妻ノ本國法ニ比シ婚姻成立ノ問題ニ適切ノ關係ヲ有スルモノナリ又將來夫タルヘキ者ノ本國法ニ依リテ將來妻タルヘキ者ノ婚姻要件ヲ定メサルトキハ婚姻ノ本據タル夫ノ本國ノ利益ヲ傷害スル虞アルヘシ云云ト

第二 各當事者ノ本國法說 此說ハ我法例ニ於テモ採用スル所ニシテ婚姻ノ要件ヲ以テ婚姻能力ナリトシ婚姻能力ハ所謂能力ト同一ノ意味ナリト論シ婚姻ノ要件カ各當事者ノ本國法ニ依ルヘキハ能力ニ付キ本國法ヲ適用スル結果ナリト曰ヘリ然レトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ能力ハ財產的法律行為ノミニ付テ之ヲ謂フモノニシテ婚姻ノ要件ト關係ナキモノナリ何トナレハ何レノ國ニ於テモ無能力者ニシテ婚姻能力ヲ有スル者比皆然レハナリ是ニ於テカ各當事者ノ本國法ヲ適用スルハ婚姻ノ要件ハ身分ノ設定若クハ變更ノ要素タルカ故ナリトノ說ヲ贊セサルヲ得ス然レトモ予ハ單ニ此理由ヲ贊成スルノミニシテ第一說ハ最モ論理ノ正確ナルヲ覺ユ而シテ各當事者ノ本國法ヲ適用セントスル學者ハ往往左ノ説明ヲ爲スアリ曰ク婚姻成立前ニ於テハ男女ハ全ク同等ノ

地位ニ立ツモノナルカ故ニ特ニ夫ノ本國法ニ依ルヘキ必要ヲ見スト我法例モ亦此精神ニ出ツルモノノ如シ

第三 婚姻舉行地法說 此說ハ婚姻ヲ財產的法律行為ト同視シ財產的契約ニ於テ契約地法ヲ適用スルト同一ノ理由ヲ以テ婚姻舉行地ノ法律ヲ適用スヘシト曰ヘリ然レトモ婚姻ヲ財產的契約ト同視スルハ既ニ前提ヲ誤レルモノニシテ婚姻カ意思ノ合致ニ基クコトハ勿論ナレトモ其目的トスル所ハ財產的行為ニアラサルカ故ニ財產的契約ニ關スル準據法ニ依ルヘカラサルヤ言フ埃タス況ヤ此說ハ法律上ノ詐欺ヲ勸誘スル虞アルニ於テヲヤ

第三節 婚姻ノ方式

婚姻ノ方式ハ婚姻舉行地法ニ依ルヘキハ古來學說及ヒ實例ノ一致スル所ナリ然レトモ此原則ハ強制的ナリヤ將テ隨意的ナルヤニ付テハ議論アル所ナレトモ之ヲ以テ隨意的ナリト解スル者多キニ居ル我法例第十三條ニ曰ク婚姻成立ノ要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム但其方式ハ婚姻舉行地ノ

法律ニ依ル前項ノ規定ハ民法第七百七十七條ノ適用ヲ妨ケヌト是ニ由リテ之ヲ觀レハ予輩ハ世人カ往往右第十三條ノ婚姻方式ノ規定ヲ以テ強制的ナリト解スルヲ疑フ者ナリ何トナレハ少クトモ日本人間ノ婚姻ニ付テハ婚姻舉行地ノ方式ヲ履ムモ將タ民法第七百七十七條ニ依ルモ全ク隨意ナレハナリ

我民法第七百七十七條ノ如キ規定ハ諸外國ニ於テ其例ヲ見ル所ナリ此點ニ付テハ既ニ總論ニ於テ説明セリ

婚姻ノ方式ニ二種アリ民事上ノ方式及ヒ宗教上ノ方式是ナリ今日一般ノ學說ニ依レハ此二者ノ間ニ於テ效力ノ點ニ付キ區別ナキモノトセリ我法例第十三條ノ精神モ亦然ラン

第四節 婚姻ノ效力

第一款 身體ニ對スル效力

妻ノ身體ニ對スル夫ノ權利ニ付テハ各國ノ歴史、風俗等ニ依リテ其規定ヲ異ニセサルハナシ例ヘハ英國ノ如キハ夫權中ニ懲戒權ヲモ包含セシムレトモ佛國ニ

於テハ之ヲ認メス又佛國ニ於テハ夫ハ妻ノ同居ヲ強制スルコトヲ得レトモ獨逸其他ノ國ニ於テハ之ヲ認メサルカ如シ要スルニ夫權ノ範圍ハ夫婦孰レノ本國法ニ依リテ定ムヘキヤニ付テハ議論アル所ナリ或ハ婚姻舉行地ノ法律ニ依リテ定ムヘシトノ說ヲ爲ス者アリ或ハ夫婦各自ノ本國法ニ依リテ定ムヘシトノ說アレトモ夫ノ本國法ニ依リテ此問題ヲ決スル說ヲ可ナリト信ス我法例第十四條モ亦此說ヲ採用シタリ同條ニ曰ク「婚姻ノ效力ハ夫ノ本國法ニ依ル」外國人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ婿養子ト爲リタル場合ニ於テハ婚姻ノ效力ハ日本ノ法律ニ依ル」ト蓋シ夫ノ本國法ニ依リテ婚姻ノ效力ヲ定ムル所以ハ他ナシ夫ハ妻ヲ統御スルノ權利アルノミナラス或程度マテ妻ヲ代表スルモノナレハナリ

我法例第十四條ハ不變主義ヲ採用シタルヲ將タ變更主義ヲ採用シタルヤ或ハ曰ク婚姻ハ一種ノ契約ナルカ故ニ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依リテ婚姻ノ效力ヲ定ムルヲ以テ契約タル婚姻ノ性質ニ適合スルモノト謂フヘシ何トナレハ妻ハ婚姻ノ當時ニ於テ夫ノ本國法ヲ知ルカ故ニ隨テ之ヲ承諾シタリト

謂フコトヲ得レハナリ若シ夫ノ現在ノ本國法ニ依リテ婚姻ノ效力ヲ定ムルニ於テハ管ニ妻ノ意思ニ反スルノミナラス往往夫ノ爲メニ犧牲ニ供セラルル結果ヲ生スヘシト然レトモ婚姻ハ夫ノ本國ノ生存ト密著ノ關係アルモノニシテ國家生存ノ基礎カ婚姻ニ存スルヲ知ラハ夫ノ現在ノ本國法ニ依リテ效力ヲ定メサルヘカラス法例第十四條ハ第十五條ノ法文ト比較スルニ變更主義ヲ採リタルヤ明カナリ何トナレハ第十四條中ニハ第十五條ニ於ケルカ如ク婚姻ノ當時ニ於ケルナル文字ナケレハナリ

法例第十四條第二項ハ法理上必要ナル規定ニアラス蓋シ我現行國籍法ニ依レハ外國人カ日本人ノ入夫又ハ培養子ト爲ルトキハ當然日本ノ國籍ヲ取得スレハナリ

第二款 財産ニ對スル效力

(甲) 財産契約ナキ場合

第一 物ノ所在地法說 此說ヲ唱フル者ハ夫婦間ノ財産關係ヲ一般ノ物權間

ニ對シテ同視シ不動産ニ付テハ其所在地法ヲ適用スヘク動産ニ付テハ屬人法又ハ所在地法ヲ適用スヘシト曰ヘリ此說ハ夫婦間ノ財産關係ヲシテ種種ノ準據法ニ依ラシムルノ結果ヲ生スヘシ蓋シ不動産若クハ動産ノ所在地若クハ屬人法カ各異ナリタル法定財産制ヲ立ツルコトアルハ洵ニ親易キ理ナレハナリ殊ニ此學說中動産ニ屬人法ヲ適用セントスル說ノ如キハ最も不完全ナルモノト謂フヘシ何トナレハ所有者ノ屬人法ニ依ラントスルモ所有者カ何人ナルヤノ問題ヲ生スルトキハ循環論理ニ陥ルノ虞アレハナリ要スルニ夫婦間ノ財産關係ハ決シテ異別ノ法則ニ依ラシムヘキモノニアラス然ラサレハ婚姻ノ目的ヲ貫クコト能ハサレハナリ

第二 不動産動産異準說 此說ヲ唱フル者ハ不動産ニ付テハ所在地法ヲ適用スヘク動産ニ付テハ屬人法ヲ適用スヘシト曰ヘリ然レトモ動産ニ付テハ屬人法ヲ適用スヘシトスルモ何人ノ屬人法ヲ適用スヘキヤハ問題ナリ

第三 婚姻舉行地法說 此學說ヲ唱フル者ハ婚姻ヲ以テ財産の契約ト同視シ又財産契約ハ一般ノ財産の契約ト異ナル所ナシトシ以テ契約地タル婚姻舉行

地法ヲ適用スヘシト曰フモノナリ然レトモ財產契約ハ親族法ノ規定ニ依ルヘキモノナルカ故ニ此說ハ其前提ヲ誤ルモノト謂フヘシ

第四 住所法說 此說ハ英米ノ學者中ニ代表スル者頗ル多シ蓋シ婚姻ニ付キ住所法ヲ適用スル以上ハ婚姻ノ目的ヲ貫クニ缺クヘカラサル財產契約モ亦同一ノ準據法ニ依ルヘキモノナリトハ此學說ノ要旨ナリ

第五 本國法說 此說ハ夫ノ本國法ヲ以テ婚姻ノ本據地ナリトシ隨テ夫婦財產關係モ亦夫ノ本國法ニ依リテ定ムヘキモノナリト曰ヘリ法例第十五條ニ曰ク夫婦財產制ハ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル外國人カ女戸主ト入夫婚姻ヲ爲シ又ハ日本人ノ培養子ト爲リタル場合ニ於テハ夫婦財產制ハ日本ノ法律ニ依ルト本條ヲ解スル者ハ往往意思解釋說ヲ採用シタルモノナリト爲セトモ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ本條ニシテ意思解釋說ヲ採用シタルニ於テハ當事者カ反對ノ意思ヲ表示シタル場合換言スレハ夫ノ本國法以外ノ法律ヲ準據法ト爲ス意思ヲ表示シタル場合ニ於テハ必ス之ニ從ハサルヘカラス然ルニ第十五條ノ規定ハ絶對的ナルカ故ニ公益說ヲ採用シタルモノト解釋セサルヘ

カラス

(乙) 財產契約

財產契約許否ノ問題ハ夫ノ本國法ニ依リテ決定スヘキモノトス例ヘハ(グラルース)ノ如ク財產契約ヲ認メタル國ノ人民カ我國ニ於テ財產契約ヲ爲シタル場合ニ於テハ我國ニ於テ之ヲ認ムル能ハス何トナレハ夫ノ本國法カ財產契約許否ノ問題ヲ管轄スルハ婚姻ノ本據地タル事實ヨリ生スル結果ナレハナリ財產契約ハ變更主義ニ依リテ解釋スヘキヤ否ヤハ議論アル所ナレトモ法例ハ變更主義ヲ採用セリ若シ夫レ財產契約ノ方式ニ付テハ法律行為ノ方式ニ關スル一般ノ原則ニ依ルヘシトノ說多キニ居レリ我法例ニ於テモ亦第八條ノ規定ニ讓レリ

第五節 離婚

離婚ノ準據法ニ付テハ左ノ學說アリ

第一 夫婦又ハ夫ノ住所法說 此說ハ英米ノ學者ノ唱フル所ニシテ殊ニ夫ノ

住所法ニ依リテ此問題ヲ決スヘシトノ説ハ英米ニ於テ最モ勢力アル所ナリ蓋シ同國ニ於テハ婚姻成立ノ問題ヲ總テ住所法ニ依リテ決定セントスル者多キカ故ニ隨テ婚姻ノ解消モ亦同一ノ準據法ニ依ラシメントスル者多キ所以ナリ

第二 婚姻舉行地法說 此說ヲ唱フル者ハ婚姻ヲ以テ財產的契約ト同視シ財產的契約消滅ノ目的カ行爲地法ニ依リテ決定セラルル如ク婚姻解消モ亦婚姻舉行地法ニ依リテ管轄セラルヘキモノナリト曰ヘリ

第三 訴訟地法說 此說ヲ唱フル者ハ離婚ヲ以テ國家ノ公安道德ニ關スルモノト爲シ若シ外國法ニ依リテ此問題ヲ決定スルトキハ訴訟地ノ公安道德ニ牴觸スルカ故ニ必ス訴訟地法ニ依ルヘキモノナリト曰ヘリ

第四 本國法說 本國法說ニ二種アリ一ハ夫婦各自ノ本國法ニ依リテ離婚ノ問題ヲ決定セントスル說ニシテ一ハ我法例ノ如ク夫ノ本國法ニ依リテ離婚ノ問題ヲ決定セントスルモノナリ蓋シ夫ノ本國法ハ離婚ノ本據地ナルカ故ニ離婚ニ付キ密著ノ關係ヲ有スル者ハ唯リ夫ノ本國法アルノミ故ニ我法例及ヒ獨逸民法施行法等ニ於テ採用セタル學說ノ根據アルヲ信ス

法例第十六條ニ曰ク離婚ハ其原因タル事實ノ發生セタル時ニ於ケル夫ノ本國法ニ依ル但裁判所ハ其原因タル事實カ日本ノ法律ニ依ルモ離婚ノ原因タルトキニ非サレハ離婚ノ宣告ヲ爲スコトヲ得スト此條ハ變更主義ヲ採用シタルモノニシテ婚姻ノ當時ニ於ケル夫ノ本國法ハ全ク關係ナキモノナリ然レトモ離婚ノ原因發生後ニ於ケル夫ノ本國法モ亦離婚ノ問題ニ關係ナキモノトス然ラサレハ夫ハ其國籍ヲ變シ從來ノ本國法ニ依リテ離婚ノ原因ト認メラレサル事實ヲシテ新本國法ニ依リ離婚ノ原因ニ變化セシムルコトヲ防ク能ハサルニ至ル蓋シ離婚ノ許否及ヒ離婚ノ原因ハ配偶者カ隨意ニ處分スルコト能ハサルモノナレハナリ

此ノ如ク法例ハ離婚問題ニ付キ夫ノ本國法ヲ準據法ト定メタレトモ離婚ノ原因カ同時ニ我法律ニ於テ認メラレタルユトヲ要ス蓋シ公益ニ關スル問題ナルカ故ナリ而シテ予ハ第十六條但書ハ法理上必要ナキ規定ナリト信ス或ハ第三十條以外ニ於テ我公益ニ關係スル外國法アルコトヲ認ムル者アリト雖モ此ノ如キ場合ハ予輩ノ想像スル能ハサル所ナリ

第六節 親子關係

第一款 子ノ身體ニ對スル親權

親權ノ範圍ニ付テハ羅馬法系ノ國ト其他ノ國トニ於テ非常ナル差異アリ是ニ於テ羅馬法系例ヘハ西班牙國ノ人民カ外國ニ於テ其親權ヲ本國法ニ依リ絶對ニ享有スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生シタルコトハ已ニ久シカリシカ之ニ付テハ或ハ父若クハ母ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ或ハ子ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ或ハ親ノ本國法及ヒ子ノ本國法中子ノ爲メニ最モ利益アル法律ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ此ノ如ク學說ノ相岐ルル所以ノモノハ親權ヲ以テ親ノ爲メニ設定セラレタルモノト爲スト子ノ爲メニ設定セラレタルモノト爲ストノ前提ノ異ナレルニ依ル而シテ我法例ハ其第二十條ニ規定セテ曰ク「親子間ノ法律關係ハ父ノ本國法ニ依ル若シ父アラサルトキハ母ノ本國法ニ依ル」ト此ノ如ク我法例カ親ノ本國法說ヲ採用シタルハ我國ノ倫理關係ヲ順慮シタルニ依レルカ如シ故ニ佛蘭西ノ如ク親權

ヲ以テ子ノ爲メニ設ケラレタルモノト爲ス國ノ臣民ト雖モ親子カ國籍ヲ異ニスル場合ニ於テハ父ノ本國法ニ依リテ親子間ノ法律關係ヲ我國ニ於テ確定スヘキヤ明カナリ是ヲ以テ外國人カ我法律ノ認メサル範圍ニ於テ我國内ニ於テ親權ヲ行フコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ヲ生スヘシ此場合ニ於テハ一ニ法例第三十條ニ照シテ之ヲ決定スヘキノミ疑ニ清國人民カ北米合衆國ノ或州ニ於テ親權ノ行用ヲ禁止セラレタルハ同一ノ精神ニ出テタルモノナリ

第二款 子ノ財産ニ對スル親權

子ノ財産ニ對スル親權ノ準據法ニ付テハ或ハ財産ノ目的物ニ依リテ準據法ヲ異ニスヘシトノ說ヲ唱フル者アリ即チ不動產ハ其所在地法ニ依リテ管轄セラハルヘク動產ニ付テハ屬人法ニ依リテ管轄セラルヘシト爲スモノ是ナリ此說ハ循環論理ニ陥リ且ツ親子ノ財産關係ニ付キ統一的ノ標準ヲ與フルコト能ハサルトノ二點ヨリ非難スルコトヲ得ヘシ子ハ親子間ノ財産關係ハ本國法ニ依リテ確定スヘキモノナリト信ス我法例第二十條ニ於テモ亦父ノ本國法ニ依ルヘ

キモノト定メタリ同條所謂親子間ノ法律關係ナル語中ニハ財産關係ヲモ包含スヘキモノニシテ變更主義ヲ採用シタルモノナリ
子ノ本國法ニ依リテ財産關係ヲ定ムヘシトノ說ハ子ノ利益ヲ保護スルハ親ノ責任ナリトノ趣旨ヲ基礎ト爲シタルモノニシテ佛國ノ學者中ノ唱フル者カラス

第七節 養子縁組

養子縁組ノ準據法ニ付テハ婚姻ノ準據法ト同一ノ學說ヲ生シタリ就中養子縁組ノ成立問題ニ付テハ縁組ヲ爲シタル地ノ法律ヲ適用スヘシト曰フ者アリ或ハ住所ノ法律ヲ適用スヘシト曰フ者アリ或ハ本國法ヲ適用スヘシト曰フ者アリ予ハ本國法說ヲ以テ最モ正確ナルモノト信ス何トナレハ養子縁組モ亦身分設定ノ契約ナレハナリ縁組ヲ爲シタル地ノ法律ヲ適用スヘシトノ說ハ縁組ヲ以テ純然タル財産契約ト同視スルモノニシテ其不當ナルコトハ婚姻ノ説明中ニ婚姻舉行地法說ヲ批評シタル所ヲ參照シテ之ヲ知ルヘシ

本國法說ヲ採用スヘシトセハ養子ノ本國法ヲ適用スヘキヤ或ハ養子ノ本國法ヲ適用スヘキヤ予ハ養子縁組成立ノ問題ハ親子關係發生前ノ問題ナルカ故ニ各當事者ノ本國法ヲ適用スヘキモノナリト信ス若シ養親ノ本國法ヲ適用セントスレハ往來之ヲ實行スルコト能ハサルヘシ即チ養父母カ國籍ヲ異ニシ而シテ其本國法カ異ナリタル場合はナリ故ニ法例第十九條ノ規定ハ妥當ナリト信ス同條ハ曰ク「養子縁組ノ要件ハ各當事者ニ付キ其本國法ニ依リテ之ヲ定ム養子縁組ノ效力及ヒ離縁ハ養親ノ本國法ニ依ル」ト

我法例ニ依レハ離縁ハ養親ノ本國法ニ依ルモノトセリ此規定ハ離婚ニ關スル規定ト權衡ヲ失スルカ如シ之ヲ説明スル者ハ曰ク外國ニ於ケル養子縁組ハ生前行為ニ依リテ解除セラレサルヲ例トスルカ故ニ國際公安ノ問題ヲ惹起スコトナシト予ヲ以テ之ヲ觀ルニ外國ニ於テモ往往離婚ヲ認ムル例アリ例ハ現行獨逸民法ノ如キ是ナリ隨テ國際公安ノ問題ヲ惹起スコトアルハ明カナリ即チ犯罪ニ基因スル離縁ノ如キハ優ニ國際公安ノ問題タルヲ得ヘシ
或ハ曰ク離婚ノ場合ニ日本ノ法律ニ依リ同時ニ離婚ノ原因ヲ認ムルコトヲ要

シタル所以ハ國際公安問題以外ニ於テ我國ノ公安ヲ侵害スル場合アルヲ豫想シタレハナリト若シ此說ニシテ正當ナリトセハ離縁ノ場合ニ國際公安ノ問題以外ニ於テ我公安ヲ侵害スル場合ナキコトヲ證明セサルヘカラス然ルニ此說ヲ唱フル者ハ到底之ヲ證明スル能ハサルヲ以テ觀ルモ法理論トシテ我法例ニ於ケル離縁ノ準據法ハ離婚ノ準據法ト全ク同一ナリト解スルヲ得ヘシ

第八節 嫡出子

嫡出子ノ身分ヲ定ムル準據法ニ付テハ父又ハ母ノ屬人法ヲ擬スル者アリ或ハ子ノ屬人法ヲ擬スル者アリ或ハ訴訟地法ヲ擬スル者アリ就中第一說及ヒ第二說ハ今日最モ勢力アル所ニシテ其論據ノ異ナル所ハ第一說ハ嫡出子ノ身分ヲ以テ婚姻ノ結果ト爲シ第二說ハ嫡出子ノ身分問題ハ即チ嫡出子其者ノ身分問題ナルカ故ニ其者ノ屬人法ヲ適用スヘシト曰ヘリ我法例ハ其第十七條ニ於テ規定セテ曰ク子ノ嫡出ナルヤ否ヤハ其出生ノ當時母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム若シ其夫カ子ノ出生前ニ死亡シタルトキハ其最後ニ屬シ

タル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムト此法文中母ノ夫ノ屬シタル國トハ即チ父ノ本國法ヲ謂フモノニシテ嫡出子ナルヤ否ヤノ問題ハ父タル身分ヲ前提トセサルカ故ニ殊更ニ母ノ夫ノ屬シタル國ノ法律ニ依ルト規定シタルモノナリト云フ

法例第十七條ハ不變主義ヲ採用シ出生ノ當時ニ於ケル父ノ本國法ヲ標準トセリ蓋シ變更主義ヲ採ルトキハ父ハ濫ニ其國籍ヲ變更シ以テ子ノ身分ニ影響ヲ及ボス虞アレハナリ而シテ懷胎ノ當時ニ於ケル父ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ハ我法例ノ斥ケタル所ニシテ其理由ハ恐クハ子ノ嫡出子ナルヤ否ヤノ問題ハ懷胎ノ時ニ定ルモノニ非スシテ多クハ出生ノ當時ニ定ルカ故ナリト云フニ在ルヘシ然ラハ子ノ出生ノ當時父死亡シタルトキハ父ノ本國法ナキカ故ニ何レノ時ニ於ケル本國法ヲ適用スヘキヤ是レ多少困難ナル問題ナリ我法例ハ父ノ死亡ノ時ニ屬スル國ノ法律ニ依ルヘキモノトセリ法例ニ所謂其最後ニ屬シタル國ノ法律トハ即チ是ナリ

第九節 私生子

私生子ハ父母ノ認知ニ因リテ親族關係ヲ發生スルモノナルカ故ニ國際私法上認知ノ準據法ヲ確定スルニ要ス而シテ認知ノ成立要件ニ付テハ或ハ被認知者ノ屬人法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ或ハ認知者ノ屬人法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ或ハ訴訟地法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ或ハ認知者及ヒ被認知者ノ屬人法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ第一說ノ論據トスル所ハ認知者ハ私生子ノ身分及ヒ利益ニ關係スルモノナリト云フニ在リ第二說ノ理由トスル所ハ認知者及ヒ其親族ニ大ナル影響ヲ及ホスモノナリト云フニ在リ而シテ第三說ハ認知ヲ以テ單ニ訴訟行為ト看做スニ在リ第四說ハ第一說及ヒ第二說ノ理由ヲ併合セルモノニシテ認知以前ニ於テ認知者及ヒ被認知者ノ地位ハ全ク同等ナルカ故ニ一方ノ利益ノ保護ノミヲ主張スヘカラスト云フニ在リ我法例ノ精神モ亦第四說ノ理由トスル所ニ外ナラサルヘシ法例第十八條ニ曰ク「私生子認知ノ要件ハ其父又ハ母ニ關シテハ認知

ノ當時父又ハ母ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定メ其子ニ關シテハ認知ノ當時子ノ屬スル國ノ法律ニ依リテ之ヲ定ム認知ノ效力ハ父又ハ母ノ本國法ニ依ルニト

第十節 扶養ノ義務

扶養ノ義務ニ關スル準據法ニ付テハ往往財產的法律行為ニ基因スル債務ト同視スル說アレトモ此說ハ今日全ク勢力ヲ失フニ至レリ而シテ扶養義務ノ問題ヲ以テ親族法ノ範圍ニ屬ストノ說ヲ唱フル學者中ニ於テモ或ハ被請求者ノ屬人法ヲ適用スヘシト曰フ者アリ或ハ請求者ノ屬人法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ又訴訟地法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ請求者ト被請求者トノ本國法ヲ以テ準據法ト爲スニ於テハ權利者及ヒ義務者ノ利益ヲ平等ニ保護スルヲ得ヘキモノト信ス然ルニ法例第二十一條ニ曰ク「扶養ノ義務ハ扶養義務者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ム」ト此規定ハ問題ヲ以テ問題ニ答ヘタルモノト謂フヘシ何トナレハ何人カ扶養義務者ナルヤノ問題ハ扶

養義務者ノ本國法ニ依リテ決定スヘシト云フカ如ケレハナリ然レトモ同條所謂扶養義務者トハ扶養ノ被請求者ヲ意味スルモノナリト解釋セシテ欲ス蓋シ被請求者ハ扶養義務者ト想像スルコトヲ得ルカ故ニ立法者ハ漫ニ扶養義務者ナル文字ヲ用ヒタルモノナルヘシ
私生子ノ扶養ニ付テハ學者間ニ最モ議論アル所ニシテ或ハ父ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說アリ或ハ母ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說アリ或ハ父又ハ母ノ本國法ト訴訟地法トカ同時ニ扶養ノ義務ヲ認ムルコトヲ要ストノ說アリ或ハ訴訟地及ヒ父又ハ母ノ本國法若クハ住所法中子ノ爲メニ利益アル法律ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ右ノ内最モ多數學者ノ主張スル說ハ母ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ナリトス

法例第二十一條ハ懷胎ノ時ニ於ケル被請求者ノ本國法ヲ適用スルノ趣旨ナリヤ或ハ出生ノ時ニ於ケル本國法ヲ適用スルノ趣旨ナリヤ將タ現在ノ本國法ヲ適用スルノ趣旨ナリヤ多少疑アリ蓋シ本國法適用ノ標準時ヲ定ムルノ必要ハ父ノ本國法ヲ適用スルノ場合ニ於テモ亦之アルヘケレハナリ而シテ予ハ法例第二十一條ハ變更主義ヲ採用シタルモノナルコト他ノ條項ニ照シテ明白ナリト信ス

第十一節 親族關係ニ關スル準據法ノ補則

親族關係カ一般ノ本國法ニ依リテ決定セラルヘキハ近世ノ立法例ノ等シク採用シタル原則ニシテ我法例モ亦之ヲ認メ第十三條乃至第二十一條ニ於テ簡箇ノ規定ヲ設ケタリ然ルニ右ノ數箇條ノミニテ未タ親族關係ノ問題ヲ網羅スルコト能ハサルカ故ニ第二十二條ニ於テ左ノ如ク規定シタリ曰ク前九條ニ掲ケタルモノノ外親族關係及ヒ之ニ因リテ生スル權利義務ハ當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムト例ヘハ親等ノ如キハ各國ノ規定一ナラス獨逸ノ如キハ血族ハ總テ民法上ノ親族タリ之ニ反シテ佛法系並ニ我國ニ於テハ必スシモ親族ニ非ス是ニ於テカ親等ノ關係ヲ生スヘシ然ルニ我法例第二十二條ニ依レハ親族關係ヲ定ムル必要アル各當事者ノ本國法ニ依リテ之ヲ定ムルカ故ニ當事者一方ノ本國法ノミニテ親族ト認ムルモ我國ニ於テハ之ヲ親族ト認メス

第十二節 後見

後見ノ問題ニ關スル準據法ニ付テハ二主義アリ一ハ大陸主義ト曰ヒ一ハ英米主義ト曰フ大陸主義ニ依レハ後見ハ被後見人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ生シタル制度ナルカ故ニ被後見人ノ本國法ヲ適用スヘキモノト爲シ之ニ反シテ英米主義ニ依レハ後見ハ一ノ官職ナルカ故ニ本國以外ニ於テ認メラルヘキモノニ非スト爲セリ我法例ハ大陸主義ヲ採用シ其第二十三條ニ規定シテ曰ク「後見ハ被後見人ノ本國法ニ依ル」日本ニ住所又ハ居所ヲ有スル外國人ノ後見ハ其本國法ニ依レハ後見開始ノ原因アルモ後見ノ事務ヲ行フ者ナキトキ及ヒ日本ニ於テ禁治產ノ宣告アラタルトキニ限リ日本ノ法律ニ依ル」ト

後見問題ヲ絶對的ニ被後見人ノ本國法ニ依リテ決定スルコト能ハサル場合アリ即チ被後見人カ本國ト非常ニ懸隔セル國ニ於テ住所又ハ居所ヲ有シ後見ノ事務ヲ行フ者ナキ場合はナリ蓋シ後見ハ被後見人ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ生シタル制度ナルモ後見人ノ必要アル場合ニ之ヲ行フ者ナキトキハ内國ノ公

益ヲ障害スル虞アリ故ニ歐洲大陸ノ學者中往往我法例第二十三條第二項ノ趣旨ヲ主張スル者アリ

後見人カ被後見人ノ財産ヲ如何ナル程度マテ處分スルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ往往財産所在地法又ハ動產不動産ニ依リテ所在地法若クハ屬人法ヲ適用スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ此等ノ說ヲ唱フル者ハ被後見人ノ財産ヲ處分スルハ純然タル財産法上ノ問題ナリト云フニ在リ然レトモ今日多クノ立法例ハ之ヲ親族法ノ範圍ニ屬セシムルノミナラス學者ノ見解亦概テ之ニ同シキカ故ニ予モ亦此問題ヲ以テ純然タル財産法上ノ問題ト視ルコト能ハス故ニ此問題ハ總テ被後見人ノ本國法ニ依リテ定マルヘキモノト信ス

第五章 相續

相續問題ニ付キ往往財産所在地ノ法律ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ殊ニ獨逸ニ於テ日耳曼法ヲ祖述スル學者中此說ヲ唱フル者多シ然レトモ此說ハ相續ヲ以テ財産取得ノ方法ト認メタル誤解ニ出ツルモノナリ蓋シ日耳曼ノ古法

ニ依レハ相續財産ハ包括的ニアラスシテ之ヲ相續スル者ハ單ニ權利ノミヲ取得シタルカ故ニ此ノ如キ誤解ヲ生シタルモノナラシカ然レトモ今日一般ノ國ニ於ケル制度ニ徴スレハ相續ハ單ニ財産取得ノ方法ニアラサルコト明カナリ又此說ノ缺點ト稱スヘキハ債權所在地ヲ明カニセサルコト是ナリ要スルニ此學說ハ實際上ヨリ觀察スルモ數多ノ準據法ニ依リテ相續問題ヲ決定スル結果ヲ生スル虞アリ例ヘハ數多ノ法境ニ財産カ散在スル場合ニ於テ財産問題ハ種種ノ法律ニ依リテ決定セラルヘキカ故ニ甲地ニ於ケル財産ハ長子之ヲ相續スルモ乙地ニ於ケル財産ハ相續人タル數子ニ於テ共有又ハ分割スル結果ヲ生スルニ至ルヘシ

次ニ動産及ヒ不動産異則說ヲ唱フル者アリ此說ニ依レハ不動産ニ對スル相續ニ付テハ其所在地法ヲ適用シ動産ニ付テハ被相續人ノ本國法又ハ住所法ヲ適用スヘシト云フニ在リ然ルニ此說ハ相續ニ關スル準據法ヲシテ統一ノ標準ニ依ラザメサル虞アリ例ヘハ不動産カ相續ノ規定ヲ異ニセル數國ニ散在シタル場合ニ於テハ統一的ノ準據法ニ依リテ相續問題ヲ決定スル能ハサルヘシ又此

學說ノ缺點ハ債權ヲ顧慮セサルコト是ナリ即チ債權ニ對スル相續ハ何レノ法律ニ依リテ管轄セラルヘキヤ此說ヲ唱フル者ニ聞クコトヲ得サル所ナリ是ニ於テ我法例ノ如キハ被相續人ノ本國法ニ依リテ相續問題ヲ決定スヘキ旨ヲ定メタリ蓋シ相續人ハ被相續人ノ地位ヲ代表スル者ナレハナリ法例第二十五條ニ曰ク「相續ハ被相續人ノ本國法ニ依ル」ト

被相續人ノ本國法ニ依リテ決セラルヘキモノハ相續開始ノ原因其順序、相續開始ノ時期、相續ノ效力並ニ相續訴權ノ時效等ノ問題はナリ然ルニ相續能力ノ準據法ニ付テハ或ハ相續人ノ本國法又ハ住所法ヲ適用スヘシト曰フ者アリ或ハ被相續人ノ本國法又ハ住所法ヲ適用スヘシト曰フ者アレトモ予輩ハ「ベルヒホーム」ト共ニ之ヲ權利能力ト同視スル者ニシテ一般ノ權利能力ニ關スル準據法ニ依ルヘキモノト信ス故ニ被相續人ノ本國法ニ依ルヘキモノトス

外國人カ內國ニ於テ殘留シタル遺產ヲ裁判所又ハ行政廳ニ於テ管理スルハ歐洲大陸ノ例ナリ蓋シ遺產管理ハ財産所在地ノ公安ニ關係スルカ故ニ所在地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ決定スヘキモノトス然ルニ債權ノ所在地ニ付テハ學說

一ナラス或ハ債權者ノ住所ヲ以テ所在地ナリトスル者アリ或ハ債務者ノ住所ヲ以テ所在地ナリト曰フ者アレトモ予ハ債務者ノ住所ヲ以テ所在地ト看做スヲ正當ト信ス蓋シ債權ノ執行ハ多クハ債務者ノ住所ニ於テ爲スモノニシテ債權ノ目的物若クハ之ヲ擔保スル財産ハ債務者ノ住所ニ在ルヲ例トスレハナリ要スルニ遺產管理ハ唯一ノ準據法ニ依リテ管理セラルヘキモノニ非ス又船舶内ニ於テ死亡シタル者ノ財産管理ハ船舶所屬國ノ法律ニ依ルヘキモノニシテ此場合ニ管理ヲ掌ル者ハ船長ナリ

内國ノ政府又ハ公共團體カ外國人ノ爲メニ支辨シタル疾病ノ費用又ハ埋葬費用ノ賠償問題ニ付テハ今日歐洲ニ於テ種種ノ條約アリ又獨逸國ノ如キハ其聯邦内ニ於ケル右費用ノ賠償ニ付キ規定スル所アリ此規定ニ依レハ費用ヲ支辨シタル政府又ハ公共團體ノ負擔ニ歸スルモノナリ然ルニ獨逸以外ノ國ノ例ヲ見ルニ往往外國人ノ遺產中ヨリ之ヲ控除スルモノアリ而シテ右ノ費用支辨者ニ優先ノ權利ヲ與フルモノ頗ル多シ

死亡者ノ勳章ハ相續人ニ於テ相續スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付テハ各國ノ立法

例並ニ條約ノ定ムル所同シカラサレトモ獨逸ノ如キハ勳章ノ階級ニ應ジテ或ハ國家ノ所有ト爲シ又ハ相續シ得ヘキモノト爲セリ然ルニ其他ノ國ニ於テハ多クハ之ヲ實動局ニ引上クルヲ例トス又相續人ニ交付スルヤ否ヤヲ以テ政府ノ認定ニ委スル例アリ或ハ相續人若クハ遺族ノ請求アル場合ニ限り之ヲ下付スル例アリ普漏西ニ於テハ第一等ノ勳章武功ヲ表スル勳章ハ君主ノ特許アルニアラサレハ之ヲ下付セサルモノトス又勳章ニ嵌入シタル寶石ヲ政府ニ引上クル例アリ

外國人カ相續ニ因リテ内國ニ於ケル財産ヲ取得シタル場合ニ其外國人ニ租稅課スル例ガベルラ、レジタリスハ中世ニ於テ屢見ル所ナレトモ今日ニ於テハ歐洲諸國ハ條約ニ依リテ何レモ之ヲ非認セリ但シ條約ナキ場合ニ於テ此租稅ヲ徵收スルコトヲ得ルヤ否ヤハ問題ナリ之ヲ徵收シ得ヘシト爲ス者ハ條約ハ例外ヲ規定シタルモノナリトノ論ヲ根據トス而シテ此說ヲ採用スル國ニ於テハ租稅ノ怠納者タル外國人ノ遺產ニ對シ強制執行ヲ爲スコトヲ認ム尙ホ注意ヲ要スル事アリ遺產稅ト相續稅及ヒ移住稅トハ混同セサルコト是ナリ後二者

ハ内國人ニ對シテモ課スルモノニシテ相續問題ト何等ノ關係ナキモノナリ
相續人ナキ外國人ノ財産ハ何レノ國ノ法律ニ依リテ其取得者ヲ定ムヘキヤハ
議論アル所ニシテ「パール」說ニ依レハ此問題ニ關スル學說ハ先占說ト相續說
トノ二種ナルカ如シ而シテ先占說ヲ唱フル者ハ歐洲大陸ニ於テ頗ル多シ其說
ニ依レハ相續人ナキ財産カ國庫ノ所有ニ歸スルハ國庫力之ヲ先占スルニ依ル
ト此說誤レリ何トナレハ先占ニハ必ス占有ヲ必要トスルモノニシテ不動産ニ
對スル先占ヲ認メタル羅馬法スラ猶ホ且ツ占有ヲ必要トセリ然ルニ今日各國
ノ立法例ヲ見ルニ相續人ナキ財産ハ當然國庫ノ所有ト爲ル旨ヲ規定セサルハ
ナシ我國ノ制度モ亦然リ然ルニ他ノ一說ニ依レハ人民ノ有スル財産殊ニ不動産
ハ素ト國家ニ於テ之ヲ有スルモノナリシカ經濟上ノ必要ヨリ遂ニ人民ニ分配
シ之ヲシテ使用及ヒ收益ヲ爲サシムルニ至リシナリ故ニ今相續人ナキ財産カ國
家ノ所有ト爲ルハ其ノ本ニ歸ルコトヲ意味スルモノナリ此等ノ說ハ予輩ノ認
メサル所ニシテ「ボアンナード」氏カ既ニ民法草案理由書中ニ於テ説明シタル如
ク先占ヨリ生スル混雜ヲ防クカ爲メニ生シタル規定ナリト信ス然ラハ其財産

カ存在スル國ノ所有ニ歸スヘキヤ明カナリ之ニ反シテ相續說ヲ唱フル者ハ獨
逸ノ學者間ニ頗ル多シ其說ニ依レハ國庫カ相續人ナキ財産ヲ取得スルハ相續
人ノ資格ヲ以テ之ヲ取得スルモノナリト普漏西普通法典瑞西ニ於ケル數州ノ
法律ハ何レモ之ヲ認メタリ此制度竝ニ學說ニ依レハ相續ハ被相續人ノ本國法
若クハ屬人法ニ依ルト云ヘル原則ヨリ打算セテ死亡者ノ本國力之ヲ所有スル
コトト爲ルヘシ今所在地法說ト相續說トヲ比較スルニ相續人ナキ財産ハ國庫
ノ所有ニ歸スト云ヘル規定ノ性質ニ徴シテ前說ノ正當ナルコトヲ信ス

偶然ノ事實ニ因リ内國人存在スル動産ニ對シテ右ノ場合ニ所在地法ヲ適用ス
ルコトヲ得ルヤ「パール」ハ之ヲ非認シタレトモ一般ノ學者ハ之ヲ是認スルカ如
シ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ相續人ナキ財産カ國庫ノ所有ニ歸スルコト果シテ予輩
ノ信スル如ク公益ノ爲メニ起リタルモノナルニ於テハ相續人ナキ一瞬間ニ於
テ内國人存在スル財産ハ總テ國庫ノ所有ト爲ルヘシ然ラサレハ公益保護ノ精
神ヲ貫クコト能ハサレハナリ
次ニ遺言ノ問題ニ付テ述フヘシ

先ツ第一ニ所謂遺言能力ニ付テ説明セシム此問題ニ付テハ或ハ遺言者ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說アリ其理由トスル所ハ遺言能力モ亦行爲能力ナリト云フニ在リ又財產所在地ノ法律ヲ適用スヘシトノ說アリ其理由トスル所ハ遺言ハ財產ヲ處分スル行爲ナリト云フニ在リ第二說ハ誤レリ何トナレハ遺言ハ必スシモ遺贈ヲ包含スルモノニアラサレハナリ今假ニ之ヲ包含スルモノト爲スモ遺贈ハ必スシモ包括名義ノモノニアラサルカ故ニ財產カ法律ヲ異ニスル各所ニ散在スル場合ニ於テ唯一ノ遺言ハ各種ノ法律ニ依リテ管轄セラルル結果ヲ生スヘシ故ニ第一說ハ正當ナリト信ス

遺言ノ内容及ヒ效力ニ付テハ或ハ當事者ノ意思ヲ標準トシテ準據法ヲ定ムヘシト曰フ者アリ此說ニ依レハ意思ヲ明示セサル場合ニ於テハ遺言者ノ本國法ヲ適用スルモノトス又遺言者ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說アリ次ニ又財產所在地ノ法律ヲ適用スヘシトノ說アレトモ此說ノ誤レルコトハ遺言能力ニ付キ一言シタル所ニ依リテ之ヲ知ルヘシ又不動產ニ付テハ其所在地法ヲ適用スヘキ不動產ニ付テハ遺言者ノ本國法又ハ住所法ヲ適用スヘシトノ說アリ此說ハ前

説ト其根據ヲ同シスルモノナリ要スルニ遺言ノ準據法ヲ定ムルニ方リ財產關係ヲ標準ト爲スハ全ク誤レルモノニシテ我舊法例ノ如キモ亦此誤解ニ坐シタルモノナリ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ遺言ノ性質タルヤ親族關係ト密著スルモノニシテ殊ニ遺言者ノ親族ト密接ノ關係ヲ有スルモノナリ且ツ遺言ニ依リテ遺贈ヲ爲ス場合ニハ其利害關係人ハ多クハ遺言者ノ本國法ニ依リテ生活スルモノナルカ故ニ遺言者ノ本國法ニ依リテ遺言ノ内容及ヒ效力ヲ定ムヘキモノトス法例第二十六條ニ曰ク「遺言ノ成立及ヒ效力ハ其成立ノ當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル」遺言ノ取消ハ其當時ニ於ケル遺言者ノ本國法ニ依ル「前二項ノ規定ハ遺言ノ方式ニ付キ行爲地法ニ依ルコトヲ妨ケス」此規定ハ遺言成立ノ當時ニ於ケル本國法ヲ標準トシ現在ノ本國法ニ依ルハ遺言者ノ意思ヲ保護スル所以ニアラストノ見解ヲ採用セリ又遺言ノ取消カ遺言者ノ本國法ニ依ルコトニ付テハ議論ナキ所ナリ

遺言ノ方式ニ付テハ場所ハ行爲ヲ支配ストノ原則ニ依ルヘキコトハ學者ノ一般ニ唱フル所ニシテ遺言者ノ利益ヲ保護スルカ爲メニ必要ナリトス我法例モ

亦然。而シテ諸外國ノ實例ヲ見ルニ多クハ我法例ト同一ノ規定ヲ掲ケタリ唯英米ニ於テハ不動産ニ關スル遺贈ノ方式ニ付テハ必ス不動産所在地法ニ依ルヘキコトヲ定メタリ又和蘭ニ於テハ外國ニ於ケル和蘭人カ遺言ヲ爲スニ當リテハ必ス公正證書ヲ必要トセリ

遺言ノ解釋ニ付テハ「フリークス」「パール」「サビニ」等ノ學者ハ遺言地ノ法律及ヒ言語ヨリモ寧ロ本國又ハ住所ニ行ハルル法律又ハ言語ヲ標準トスヘシト曰ヘリ即チ同一ノ文字カ遺言地本國若クハ住所ニ於テ異別ノ意味ニ用ヒラルル場合ニ於テハ本國若クハ住所ノ言語ヲ標準トスヘシト云フニ在リ

第六章 商事關係

一定ノ法律行爲カ商事ナルヤ將タ民事ナルヤハ何レノ法律ニ依リテ之ヲ決定スヘキヤ此問題ハ實質上ノ問題ト形式上ノ問題トニ依リテ結果ヲ異ニスヘシ

實質上ノ問題ハ一定ノ法律行爲ニ付テハ民法ヲ適用スヘキヤ將タ商法ヲ適用スヘキヤノ問題ヲ謂フモノニシテ此問題ニ付テハ當事者ノ意思ヲ標準トシテ

其準據法ヲ定ムルコトヲ要ス故ニ日本人カ佛蘭西ニ於テ賣買ヲ爲シ之ニ商法ヲ適用スヘキ旨ヲ表示シタルトキハ我法律上之ヲ商事ト看做スヘカラサルニ拘ラス佛蘭西ノ商法ニ依リテ右賣買ノ問題ヲ決定セサルヘカラス故ニ佛蘭西ノ商法ニ依レハ危險ハ債權者ノ負擔ニ歸シ民法ニ依レハ債務者ノ負擔ニ歸スルトセハ我國ニ於テモ亦右ノ場合ニ債權者ノ危險負擔ヲ認メサルヘカラサルモノトス

當事者カ準據法ヲ明示セサル場合ニ於テハ其法律行爲ヲ爲シタル地ノ法律ニ依リテ民事ナルヤ將タ商事ナルヤヲ定ムヘキモノトス故ニ當事者ノ爲シタル行爲カ內國ノ法律ニ照シ商事ナルモ若シ行爲地ニ於テ民法商法ノ區別ナクンハ總テ我國ニ於テモ民事ナリトセサルヘカラス

形式上ニ於テノ民事商事ノ區別ヲ爲ス必要アリ例ヘハ佛蘭西ノ如ク商事ニ付キ特別裁判所ヲ設クル國ニ於テハ外國ニ於テ爲シタル法律行爲カ訴訟上商事ナルヤ否ヤヲ定ムル必要アリ然ルニ此場合ハ外國ノ法律ニ依リテ定ムヘカラスシテ訴訟地法ニ依リテ之ヲ定メサルヘカラス然ラサレハ內國法ノ定メタル

裁判所ノ管轄ハ外國法ノ爲メニ左右セラルル結果ヲ生スレハナリ
商人タル身分ハ營業地ニ行ハルル法律ニ依リテ定ムヘシト曰フ者アリ此說ノ
理由トスル所ハ商人タル身分ハ營業地ニ於テ十分發揮スルモノナレハナリト
云フニ在リ然ルニ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ國際私法上商人ノ身分ヲ定ムル必要ハ
必ス法律關係ノ豫決問題トシテ起ルモノナリ例ヘハ甲國ノ法律ニ依レハ商人
カ營業中ニ於テ爲シタル行爲ハ商行爲ト看做サル之ニ反シテ乙國ノ法律ニハ
此ノ如キ規定ナキコトアリ此場合ニ於テ乙國ニ於テ右ノ行爲者ノ商人タルヤ
否ヤヲ定ムル必要ハ右行爲カ商行爲ナルヤ否ヤヲ定ムルカ爲メニ始メテ必要
ト爲リタルモノニシテ從タル性質ヲ有スルモノナリ故ニ主タル法律行爲ノ準
據法ニ依リテ商人タル身分ヲ定メサルヘカラス故ニ甲地ニ於テ商人タラサル
者ハ亦乙地ニ於テモ商人ト看做スコトヲ得ス例ヘハ行商人ノ如キ屬其商人タ
ルヤ否ヤヲ定ムル必要ヲ生シタルコトアリシカ常ニ從タル問題トシテ生シタ
ルニ過キス之ニ反シテ商號ハ營業地ノ法律ニ依リテ定ムヘキハ多數學者ノ唱
フル所ナリ其理由トスル所ハ營業ノ附隨物ナリト云フニ在リ即チ商號ハ法人

ナルヤ否ヤ或ハ一種ノ權利ナルヤ否ヤ又營業ト分離シテ處分スルコトヲ得ル
ヤ否ヤハ總テ營業地ノ法律ニ依リテ之ヲ定ムヘキモノトス

次ニ船舶ニ關スル涉外的問題ヲ説明スヘシ

船舶ニ關スル物權ノ準據法ニ付キ從來訴訟地法ヲ適用スヘシトノ說多キニ居
リシカ今日ニ至リテハ(ワグネル氏ヲ除ク)外殆ト之ヲ唱フル者ナシ而シテ現
今ノ實例及ヒ學說ハ二派ニ岐ル一ハ船舶ノ本國法ヲ適用スヘシト曰フモノニ
シテ一ハ船舶所在地ノ法律ヲ適用スヘシト曰フモノ是ナリ船舶所在地法說ノ
理由トスル所ハ船舶ヲ以テ一般ノ動產ト其性質ヲ同シウスルコトハ固ヨリ言フヲ
以テ之ヲ觀ルニ船舶カ普通ノ動產ト其性質ヲ同シウスルコトハ固ヨリ言フヲ
族タスト雖モ其普通ノ動產ト異ナリタル規定ニ服スル所以ノモノハ畢竟經濟
上ノ關係ニ基因スルモノナリ故ニ國際私法上其準據法ヲ研究スルニ方リテモ
亦經濟上ニ於ケル船舶ノ地位ヲ顧慮セサルヘカラス然ルニ船舶所在地法說ハ
此點ニ著眼セサルノミナラス船舶ハ常ニ其所在ヲ轉スルモノナルカ故ニ其所
在地ノ法律ニ依リテ物權問題ヲ決定センカ同一ノ船舶上ニ權利ノ衝突ヲ見ル

至ルヘシ
本國法說ヲ唱フル學者ノ論據トスル所ハ一ナラス或ハ人格假定論ヲ根據トスル者アリ曰ク船舶ハ人ト同シク國籍ヲ有シ名ヲ有シ又住所船舶籍港ヲ有スルモノニシテ人ニ關スル身分ノ問題カ人ノ本國法ニ依リテ決ミラルル如ク船舶ニ關スル物權問題モ亦其本國法ニ依リテ管轄セラレサルヘカラスト此說ハ「パール」ガ既ニ駁セシ如ク全ク比喩ヲ誤ルモノナリ又領土假定說ヲ根據トスル者アリ其說ニ依レハ船舶ハ領土ノ延長物ト看倣スヘキモノニシテ領土内ニ一國ノ主權カ行ハルルト同シク船舶ニモ本國ノ主權カ行ハルルカ故ニ之ニ關スル物權問題モ亦本國法ニ依ルヘキモノナリト然レトモ船舶カ領土ノ一部分ト看倣サルヘキ場合ハ其公海又ハ外國ノ領海ヲ航行スル場合ノミニシテ大陸主義外國ノ領海殊ニ其港灣ニ碇泊シタル場合ニハ其國ノ主權ニ服従スルヲ原則トス假ニ此論據ニシテ誤ラストスルモ船舶ニ關スル物權問題ハ領土内ニ起リタル法律行為ノ問題ニアラスシテ領土其モノタル船舶ノ運命ヲ左右スル問題ナリ故ニ右ノ前提ヨリ本國法ヲ適用スヘイトノ結論ヲ爲スコト能ハス予ヲ以テ之ヲ

觀ルニ船舶ハ本國ノ經濟ニ大關係アルノミナラス船舶ニ關スル法律關係ノ中心ハ其本國ナリ例ヘハ船舶債權者船舶所有者又ハ船舶ニ對スル其他ノ物權共有者ハ多ク船舶ノ本國ニ住スルモノナルカ故ニ船舶ニ關スル物權ノ消長問題モ亦法律關係ノ中心タル本國ノ法律ニ依リテ決セラルヘキモノトス或ハ本國法ニ依ルトキハ外國ニ於テ船舶ヲ處分セントシ又ハ其上ニ物權ヲ設定セントスルニ際シ相手方ハ本國法ヲ知ラサルカ爲メ契約ノ當事者ト爲ルコトナカルヘタ隨テ船舶其モノノ爲メニ打テ不利益ト爲ルヘシト曰フ者アレトモ此說ハ

商事制度ノ發達セル今日ニ於テハ畢竟杞憂ニ屬ス

船舶ノ本國法トハ其掲タル國旗ノ屬スル國ノ法律ヲ謂フ今此本國法ニ依リテ管轄セラルヘキ事項ヲ概括スレハ左ノ如シ即チ船舶ニ對スル物權ノ種類及ヒ其內容物權得喪ノ原因及ヒ方式船舶債權者ノ追及權船舶債權者ノ先取特權及ヒ順位船舶共有者間ノ法律關係是ナリ物權ヲ第三者ニ對抗スルカ爲メニ公示ヲ要スルヤ否ヤノ問題並ニ其方法ノ如キハ船舶ノ本國法ニ依リテ管轄セラルヘキモノトス次ニ抵當權ノ登記ヲ要スルヤ否ヤノ問題モ亦本國法ニ依リテ決

定セラル船舶ニ對スル先取特權ニ付テハ從來異論アリシ所ナレトモ「アントウエルベン」萬國會議以來本國法ニ依リテ決定スヘシトノ說多キヲ占ムルニ至レリ然ルニ船舶ノ被保險額ハ船舶抵當權者ニ移ルヤ否ヤノ問題ニ付テハ各國ノ制度及ヒ學說二分セリ例ヘハ佛蘭西商法及ヒ我舊商法ニ依レハ被保險額ハ船舶ノ沈没ト同時ニ抵當權者ニ移轉スルモ英國ノ制度及ヒ學說ハ之ヲ非認セリ然ルニ「アントウエルベン」萬國會議ニ於テハ此問題ヲ以テ抵當權ノ範圍ニ屬スルモノト爲シ本國ノ法律ニ依リテ決定スヘキモノト爲セリ

抵當權又ハ質權ハ船舶ノ本國法ニ依リテ管轄セラルヘキモノニシテ船舶カ抵當權又ハ質權ノ目的物ト爲ルコトヲ得ルヤ否ヤノ問題モ亦同一ノ準據法ニ依リテ決定セラルモノトス然ルニ往往物權其モノニ付テ船舶ノ本國法ヲ適用スヘシトノ意見ヲ懷クニ拘ラス其目的物ヲ定ムル標準ヲ他ノ法律ニ求ムル者アリ此說ハ原因結果ノ關係ヲ全ク打破スルモノト謂フヘシ

船舶カ國籍ヲ變更シタル場合ニ舊本國法ノ下ニ存立シタル質權及ヒ抵當權其他ノ物權ハ新本國法ノ下ニ於テ其效力ヲ保有スルヤ否ヤニ付テハ議論アリ或

ハ舊本國ノ下ニ存立シタル一切ノ物權ハ既得權ナルカ故ニ其效力ヲ保有スヘシト曰フ者アリ或ハ新本國法ノ規定ト抵觸セル舊本國法ノ下ニ得タル權利ハ新本國法ノ公安ニ抵觸スルモノナルカ故ニ之ヲ認ムヘカラスト曰フ者アリ前說ハ是ナルカ如シ

船長ノ權利義務ノ範圍ハ船舶所在地ノ法律ニ依リテ定ムヘシト曰フ者アリ或ハ船舶ノ本國法ニ依リテ此問題ヲ決定スヘシト曰フ者アリ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ船長ハ船舶所有者ノ代理人ニ過キサルカ故ニ代理關係ノ準據法タル船舶ノ本國法ニ依リテ決定スヘキモノナリトス船長ノ不法行為ニ對スル船舶所有者ノ責任ハ船舶ノ本國法ニ依リテ管轄セラルヘシト曰フ者アリ或ハ船長カ不法行為ヲ爲シタル地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ決定スヘシト曰フ者アリ或ハ訴訟地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ管轄スヘシト曰フ者アリ

船舶ノ衝突ニ付テハ一國ノ領水内ニ於テ起リタル場合ト公海ニ於テ起リタル場合トヲ區別シテ説明スルコトヲ要ス一國ノ領水内ニ於テ船舶ノ衝突アリタルトキハ領水所屬國ノ法律ニ依リテ衝突ノ問題ヲ管轄スヘキコトハ古來學說

竝ニ實例カ全然一致スル所ニシテ船舶國籍ノ異同ニ依リテ法理ヲ異ニセス之ニ反シテ公海ニ於ケル船舶ノ衝突ニ付テハ學說實例兩ツナカラ紛糾セリ從來最モ廣ク行ハレタル說ハ訴訟地法說ニシテ船舶衝突ニ關スル訴ノ起リタル地ノ法律ニ依リテ此問題ヲ決定セントスルモノナリ獨逸大審院ノ如キハ民法施行前亦此說ヲ採用セリ我國ニ於テモ學者中往往之ヲ唱フル者アリ(法例ニ規定ナキ場合ニ於テ何レノ國ノ法律ヲ適用スヘキヤノ說明ヲ參照スヘシ)然ルニ訴訟地法說ハ近來獨逸ニ於テモ既ニ陳腐ナリトシテ學者ノ排斥スル所ト爲レリ蓋シ訴訟地ハ偶然ノ事實ニ因リテ隨意ニ衝突問題ヲ左右スル虞アレハナリ例ヘハ被告カ自己ノ利益ナル地ニ裁判籍ヲ移シ原告モ亦其利益ナル地ヲ選ミテ訴ヲ提起スルカ如キ是ナリ是ニ於テカ或ハ萬國共通ノ法理ニ依リテ此問題ヲ決定スヘシトノ說ヲ唱フル者アリ然ルニ萬國ナル文字ノ範圍頗ル曖昧ナルノミナラス假ニ本說ノ唱道者タル「リオンカン」氏ノ本國タル佛蘭西ト交通ヲ爲ス一般ノ國ニ行ハルル規定ナリト解釋スルモ此等ノ諸國ニハ船舶ノ衝突ニ關スル同一ノ規定ナキヲ如何セン是ヲ以テ「アントウエルベン」萬國商法會議ニ於テ

ハ原告本國法ノ認メタル程度内ニ於テ被告ノ本國法ニ依リテ決定スヘシト決議セリ抑モ公海ニ於ケル船舶ノ衝突ニ付キ此ノ如ク種種ノ學說ヲ生シタル所以ハ他ナシ不法行為ヲ生セタル地カ法境ニアラサレハナリ公海ニ於ケル船舶ヨリ生スル賠償請求權ノ保存方法ハ同國船間ニ在リテハ其本國法ヲ適用スル者トス異國籍ノ船舶ニ付テハ或ハ訴訟地法ニ依ルヘシト曰フ者アリ或ハ被告ノ本國法ニ依ルヘシト曰フ者アリ或ハ原告ノ本國法ニ依ルヘシト曰フ者アリ軍艦ト船舶トノ衝突ハ領水内ニ起リタル場合ニハ領水所屬國ノ法律ヲ適用ス之ヲ解釋スル者ハ曰ク軍艦ノ限外法權ハ軍艦内ニ起リタル事件ニ關スルノミニシテ軍艦外ニ起リタル出來事ニ及ハスト此說ニシテ果シテ正當ナラハ公海ニ於ケル軍艦ト船舶トノ衝突モ亦船舶ト船舶トノ衝突ニ異ナラサルヘシ然ルニ「パール」ハ軍艦ノ本國法ニ依ルヘシト曰ヘリ海損ノ準據法ニ付テハ中世以來一般ニ發航地法說ヲ採用セリ然ルニ發航地ハ積荷ノ場所ノ異ナルニ從ヒ同一ナルコトヲ得サルカ故ニ海損ノ準據法カ統一的ナラサル虞アリ是ニ於テカ船舶ノ到達地ニ行ハルル法律ニ依リテ此問題ヲ

決定スヘシトノ説ヲ生スルニ至レリ此説ハ今日歐洲大陸ノ學者間ニ勢力アル所ナリ蓋シ到達地ハ唯一ナルノミナラス海損ノ計算ヲ爲ス地モ亦船舶ノ到達地ナルヲ例トスレハナリ然ルニ此説ニモ亦缺點アリ何トナレハ到達地ハ往往偶然ノ事情ニ因リテ定マルモノナレハナリ例ヘハ避難港ノ如キ又ハ數多ノ到達地ヲ出帆後ニ選定セラレタル場合ノ如キ是ナリ此等ノ場合ニ於テ尙ホ海損ノ問題ヲ到達地ノ法律ニ依リテ定メンカ海損ノ問題ハ偶然ノ事實ニ依リ決定セララルニ至ルヘシ是ヲ以テ船舶ノ本國法ニ依リテ此問題ヲ管轄スヘシトノ説ヲ爲ス者アリ就中リオンカン氏ハ此説ノ理由トシテ左ノ如ク説明セリ曰ク海損ノ問題ハ多クハ公海ニ於テ起ルモノナルカ故ニ到達地ノ法律ヲ標準トスルノ理由ヲ見ス又海損ノ利害關係者ハ何レモ本國法ニ著目スルカ故ニ本國法ヲ適用スルハ利害關係者ノ意思ニ適合スル所以ナリト予ヲ以テ之ヲ觀ルニ船舶ノ本國法ハ船舶ニ關スル法律關係ノ中心ナルカ故ニ此法律ヲ適用スルハ利害關係者ノ爲メニ最モ公平ナルモノト謂フヘシ然ルニ本國法説ハ「アントウエルベン」萬國會議ノ際大ニ非難ヲ受ケタリ就中船舶ノ本國法ヲ知ルハ頗ル困難ナリトノ非難航海中他ノ國ニ屬スル船舶ニ貨物ヲ轉載スルコトアリトノ非難ハ最モ有力ナルモノノ如シ而シテ此反對説ノ爲メニ「リオンカン」一派ノ提出シタル本國法案ハ否決セラレ萬國會議ハ遂ニ積荷ヲ荷卸スル地ノ法律ヲ適用スヘキ旨ヲ議決セリ然レトモ此説ニモ亦缺點アリ何トナレハ貨物ヲ荷卸スルノ地ハ偶然ノ事實ニ因リテ定マルコト頗ル多クレハナリ例ヘハ荷主カ航海中荷卸地ヲ指定シタル場合ノ如キ又船長カ避難ノ爲メニ豫定ノ地以外ニ荷卸シタル場合ノ如キ是ナリ

船舶ノ救助ハ依頼ニ因ラサル場合ニ於テハ事務管理ナリ是レ多數學者ノ唱フル所ニシテ予輩モ亦認ムル所ナリ隨テ一國ノ領水内ニ起リタル船舶ノ救助ニ付テハ領水所屬國ノ法律ヲ適用スヘキモノナリ此點ハ學說實例共ニ一致スル所ナリ然ルニ公海ニ於ケル船舶ノ救助ニ付テハ種種ノ議論アリ先ツ此問題ヲ決定セント欲セハ公海ニ於ケル船舶ノ救助ハ公海ニ於ケル事務管理ナリヤ否ヤノ問題ヲ決セサルヘカラス學者ハ往往公海ニ於ケル事務管理ナリト斷定シ或ハ訴訟地法或ハ原告ノ本國法或ハ被救助船カ最初ニ入港シタル地ノ法律

ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ然ルニ予ヲ以テ之ヲ觀ルニ公海ニ於ケル被
救助船ヲ安全港ニ入ラシメタル場合ニ於テ始メテ救助ノ目的ヲ達シタルモノ
ナルカ故ニ事務管理ノ地ハ一國ノ領海ナリ隨テ此場合ニモ領海所屬國ノ法律
ヲ適用スヘキモノト信ス或ハ被救助船ハ救助船ニ添附シタルモノナルカ故ニ
救助船ノ本國法ヲ適用スヘシトノ說ヲ爲ス者アリ千八百八十八年萬國商法會
議ハ此說ヲ是認セリ

國際私法 終

講習科規則摘要

- 一 乙種講習科ハ講義録ニ依リテ獨習ヲ爲スモノトス
- 一 講習期ハ二月ニ始リ十一月ニ終ル
- 一 講義録ハ各講師擔任ノ部分ヲ一括シテ配布ス
- 一 講習料ハ金拾貳圓トス但三十四年度ニ限リ左ノ一部又ハ二部ヲ講習スルコトヲ得
- 第一部(民事訴訟法) 金六圓
- 第二部(商法、經濟學、財政、政治、經濟學) 金四圓
- 第三部(刑法、刑事訴訟法、憲法、行政法、國際公法、國際私法、國際法) 金五圓
- 右講習料ハ何レモ一个月分以上ヲ分納スルコトヲ得(但入學ノ際ニハ成ルヘク)
- 一 講習生ハ講義録ニ掲載セル事項ニ付キ質問ヲ爲スコトヲ得但一間毎ニ別紙ニ認メ且一間毎ニ一音信料ヲ添フルコトヲ要ス
- 一 講習料ハ和佛法律學校會計課宛ニテ送付スヘシ但郵券代用ハ一割増ノ事

明治二十二年十二月九日內務省許可

明治三十四年八月廿六日印刷
明治三十四年八月三十日發行

編輯者
東京市四谷區四谷仲町三丁目廿八番地
小田 幹 治 郎

印刷者
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
金子 鐵 五 郎

印刷所
東京市芝區西ノ久保明舟町十一番地
金子 活 版 所

發行所
司法省
東京市麴町區富士見町六丁目十六番地
和佛法律學校
(電話番町百七十四番)